Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen an Kindern

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
BARBARA CAESAR
aus Berlin

1963

Fotodruck PRAZIS · Tübingen

7608

Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen an Kindern

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
BARBARA CAESAR
aus Berlin

1963

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Horst Schröder
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Georg Eißer
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Joachim Gernhuber

Tag der mündlichen Prüfung: 10. 6. 1963

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
Einleitung:	Der Begriff des ärztlichen Eingriffs	1
1. Hauptteil:	Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs und die Einwilligung des Berechtigten	3
1. Kapitel:	Der ärztliche Eingriff im Straf- und Zivilrecht und die Bedeutung der Einwilligung	3
§ 1	Der ärztliche Eingriff im Strafrecht	3
§ 2	Der ärztliche Eingriff im Zivilrecht	13
2. Kapitel:	Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung	20
§ 3	Die Aufklärungspflicht des Arztes	20
§ 4	Die Erklärung der Einwilligung durch den Berechtigten	23
3. Kapitel:	Die Grenzen der Einwilligung und die Rechtfertigungsgründe bei Gefahr im Verzuge	25
§ 5	Die Rechtswidrigkeit ärztlicher Kunstfehler	25
§ 6	Rechtfertigungsgründe für den ärztlichen Eingriff bei Gefahr im Verzuge	27
2. Hauptteil:	Der Einwilligungsberechtigte bei ärztlichen Eingriffen an einem Kinde	30
1. Kapitel:	Die Einwilligung zu Heileingriffen als Ausfluß des Sorgerechts für ein Kind	30
§ 7	Die Sorgeberechtigten für ein Kind	32
§ 8	Die Bedeutung von Personen- und Vermögenssorge für die Einwilligungsberechtigung	40

Seite

2. Kapitel: Die Bedeutung von tatsächlicher und rechtlicher Personensorge für die Einwilligungsberechtigung 45

§ 9 Die Rechtsnatur der Einwilligung und die Einwilligungsberechtigung 48

§ 10 Der Einwilligungsberechtigte bei unehelichen Kindern 58

§ 11 Der Einwilligungsberechtigte bei ehelichen Kindern 74

§ 12 Der Einwilligungsberechtigte bei Fürsorgezöglingen und jugendlichen Strafgefangenen 78

3. Kapitel: Die Grenzen der Einwilligungsbefugnis des Sorgeberechtigten 82

§ 13 Der Mißbrauch des Sorgerechts 82

§ 14 Das eigene Einwilligungsrecht des Minderjährigen 88

§ 15 Das Sorgerecht bei ärztlichen Eingriffen, die keine Heilbehandlungen darstellen 100

Zusammenfassung der Ergebnisse 103

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

ACHILLES - GREIFF:	BGB und Nebengesetze, Kommentar, 21. Aufl., Berlin 1958
ADAM, Heinz-Jürgen:	Die Personensorge des elterlichen Gewalthabers, Diss. jur., Gießen 1938
ALSEN, Viktor:	Die Bedeutung der Einwilligung bei der Körperverletzung, Diss. jur., Köln 1933
ANGERER, Helmut:	Die verfassungsrechtliche Stellung des Jugendlichen, Diss. jur., Würzburg 1959 (Maschinenschrift)
ANSEL, Werner:	Die Verletzung des Rechts, für die Person des Kindes zu sorgen, und ihre Folgen nach § 1666 BGB und dem RJWG, Diss. jur., Tübingen 1934
ARNOLD, Egon:	Gesetzliche Neuregelungen im Bereich der elterl. Gewalt, FamRZ 1959, S. 425 - 429
BAEHR, Richard:	Das Einwilligungsrecht zur Operation insbesondere vom Standpunkt des Arztes, Diss. jur., Heidelberg 1931
BAUER, Karl Heinrich:	Krebstherapie als Rechtsfrage, NJW 1963, S. 369 - 373
BAUMANN, Jürgen:	Körperverletzung oder Freiheitsdelikt? Zum Urteil des BGH v. 28.11.1957, NJW 1958, S. 2092 - 2094
BAUMANN, Jürgen:	Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 1960
BÄUMER, Gertrud; HARTMANN, Rudolf; BECKER, Hans:	Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, Kommentar, Berlin 1923
BAUR, Fritz:	Die Rechtsprechung des Bundesgerechtshofs in Zivilsachen (Bd. 26 32 der Amtl. Sammlung), Juristenzeitung 1961, S. 158 - 163

BECKER, Getrud: Die Rechtsstellung der Eltern während des Strafvollzugs an Minderjährigen, Diss. jur., Münster 1950 (Maschinenschrift)

BEITZKE, Günther: Wer schuldet das Arzthonorar für die Behandlung einer Ehefrau? Monatsschrift für deutsches Recht 1951, S. 262 f.

BEITZKE, Günther: Familienrecht, 10. Aufl., München - Berlin 1962

BERGEN, Hannes: Verweigerung der väterlichen Zustimmung zur Operation an einem minderjährigen Kinde, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1930, S. 1962 f.

BLUME, Werner: Der ärztliche Eingriff zu Heilzwecken, Diss. jur., Jena 1933

BOCKELMANN, Paul: Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, S. 945 - 951

BOEHMER, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch 1. Abteilung, Tübingen 1951

BOEHMER, Gustav: Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger - Bem. zu dem Urteil des IV. ZS des BGH v. 5.12.1958, Monatsschrift für deutsches Recht 1959, S. 705 - 709

BOEHMER, Gustav: Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz v. 18.6.57 und das Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961 (Schriftenreihe Recht und Staat, Heft 245/246), Tübingen 1962

BOSCH, F.W.: Anmerkung zum Urteil des IV. ZS des BGH vom 5.12.1958, Ehe und Familie (FamRZ) 1959, S. 202 f.

BOSCH, F.W.: Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 29.7.1959, Ehe und Familie (FamRZ) 1959, S. 406 ff.

BREIT, James: Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung, Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. 73 (1908), S. 841 - 847 und S. 883 - 890

BREMER, Karl-Heinz: Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, Diss. jur., Köln 1934

BRÜCKMANN, Arthur: Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 24 (1904), S. 657 - 714

BÜHRING, Erich Herbert: Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei Körperverletzung nach dem geltenden Strafrecht, Diss. jur., Göttingen 1921

COHN, Gotthelf: Zur Frage der Widerrechtlichkeit einer Operation, Gerichtssaal Bd. 73 (1909), S. 354 - 357

CROME, Carl: System des Bürgerlichen Rechts, Bd. 4: Immaterialgüterrechte - Familienrecht, Tübingen 1908

DERNBURG, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Bd.: Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., Halle 1907

DIETZ, Rolf: Deutsches Personen-, Familien- und Erbrecht, Bd. 1: Die Rechtsstellung des Volksgenossen und das Familienpersonenrecht, Berlin 1943

DREHER, Eduard, - MAASSEN, Hermann: Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Aufl., München - Berlin 1959

DÜSTER, Kurt: Die Eltern als Inhaber des Rechts und der Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes, Diss. jur., Erlangen 1921 (Maschinenschrift)

DWENGER, Karl: Einflüsse der Fürsorgeerziehung auf die Befugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt und des Vormundschaftsgerichts, Diss. jur., Göttingen 1912

EBERMAYER, Ludwig: Der Arzt im Recht, Leipzig 1930

ECK, Klara: Die elterliche Gewalt im BGB, Archiv für bürgerliche Recht, Bd. 41 (1915), S. 1 - 159

EICHLER, Hermann: Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 284, Breslau 1931

ENGISCH, Karl: Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 58 (1939), S. 1 - 52

ENGISCH, Karl: Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Sonderdruck aus: Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Bd. 11, begründet von R. Stich und M. Makkas, herausgegeben von R. Stich und K.H. Bauer, 4. Aufl., Jena 1958

ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958

ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960

ENTWURF eines Strafgesetzbuches (StGB) mit Begründung E 1960: Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode Drucksache 2150

ENTWURF eines Strafgesetzbuches (StGB) mit Begründung E 1962: - Bundesratsvorlage - Bundesrat Drucksache 200/62, Bonn 1962

ERMAN, Walter u.a.:	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster 1958, 3. Aufl. Münster 1963
ESSER, Josef:	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
FINGER, August:	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., Berlin 1904
FISCHER, Hans Albrecht:	Die Rechtswidrigkeit, München 1911
FLAD:	Handeln auf eigene Gefahr, Das Recht 1919, Sp. 13 - 20
FLEHINGHAUS, Günther:	Die Einwilligung des Verletzten, Diss. jur., Göttingen 1938
FOHR, Otto:	Die elterliche Gewalt nach dem Rechte des deutschen Reichs, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92 (1902), S. 378 - 424
FRANK, Reinhard:	Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (Kommentar), 8. - 10. Aufl., Tübingen 1911, 15. Aufl. 1924, 18. Aufl. 1931
FRIEDEBERG, Edmund - POLLIGKEIT, Wilhelm:	Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt (Kommentar), 2. Aufl., Berlin 1930
GEERDS, Friedrich:	Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Diss. jur., Kiel 1953 (Maschinenschrift)
GEERDS, Friedrich:	Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, Goltdammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß 1954, S. 262 - 269
GEHRING, Paul:	Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB, Rechtswissenschaftliche Studien Heft 9, Berlin 1920
GERLAND, Heinrich:	Einwilligung des Verletzten (strafrechtlich), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und

Alexander Elster) Bd. 2, S. 213 - 218, Berlin - Leipzig 1927

GERNHUBER, Joachim: Elterliche Gewalt heute, Ehe und Familie (FamRZ) 1962, S. 89 - 96

GÖPPINGER, Hans: Die Aufklärung und die Einwilligung bei der ärztlichen, besonders der psychiatrischen Behandlung, Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete Bd. 24 (1956), S. 53 - 107

GORDAN, Kurt; LEHMANN, Walter; NIESE, Otto: Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger v. 2.7.1900 (Kommentar), Berlin 1907

GOTTMANN, Elisabeth: Die Einwilligung in die Körperverletzung nach § 226 a RStGB in Verbindung mit dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14.7.1933, Diss. jur., Erlangen 1934

GRÄBER, Fritz: Jugendwohlfahrtsgesetz (Kommentar), Münster 1954

GUGGUMOS, M.: Die rechtlichen Auswirkungen der Spaltung der elterlichen Gewalt gemäß § 81 EheG, Deutsche freiwillige Gerichtsbarkeit (Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz für das Gebiet der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit) 1941, S. 161 - 163

GUTACHTEN UND STELLUNGNAHMEN zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag: Gedruckt im Bundesministerium der Justiz, Bonn 1958

HAMANN, Andreas: Das Grundgesetz (Kommentar), 2. Aufl., Neuwied - Berlin 1961

HECK, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

HECKEL, Hans: Die elterliche Gewalt und die Mutter, Diss. jur., Breslau 1927

HEDEMANN, Justus Wilhelm:	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Berlin 1949
HEGENER, Otto:	Das Vertragsrecht des Arztes, Berlin 1925
HENLE, Rudolf:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Schuldrecht, Rostock 1934
HERTER, Dieter:	Das Verhältnis des ärztlichen Heileingriffs zu den Tatbeständen der Körperverletzung und Tötung (§§ 211 ff. 223 ff. (StGB), Diss. jur., Heidelberg 1957 (Maschinenschrift)
HOFFMANN, Hans:	Das Recht und die Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes, Diss. jur., Würzburg 1934
HONIG, Richard:	Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Mannheim-Berlin-Leipzig 1919
HORION:	Die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Provinzialverband, Vormundschaftsgericht und dem Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. Vormund während der Dauer der Fürsorgeerziehung, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts hers. von I.A. Gruchot Bd. 47 (1903), S. 67 ff.
HUBMANN, Heinrich:	Das Persönlichkeitsrecht, Münster-Köln 1953
HÜBNER, A. - DROST, H.:	Ärztliches Haftpflichtrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1955
IHERING, Rudolf:	Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3, 5. Aufl. Leipzig 1906
KAHL, Wilhelm:	Der Arzt im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 29 (1909), S. 351 - 371.
KERN, Eduard:	Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, Neumann-Nipperdey-Scheuner: "Die Grundrechte" Bd. 2, S. 51-110, Berlin 1954
KESSLER, R.:	Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin-Leipzig 1884

KIEHL:	Die "Einwilligung" eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht, Goltdammer's Archiv Bd. 54 (1907), S. 357 - 394
KOHLHAAS, Max:	Die Auswirkungen der Gleichberechtigung der Geschlechter auf Strafrecht und Strafverfahrensrecht, NJW 1960, S. 1 - 7
KOHLRAUSCH, Eduard - LANGE, Richard:	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 43. Aufl., Berlin 1961
KRETSCHMER, Ernst:	Körperbau und Charakter, 21./22. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1955
KRÜGER, Hildegard:	Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, Ehe und Familie (FamRZ) 1956, S. 329 - 335
KRÜGER, Hildegard:	Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach dem Grundgesetz, Berlin 1960 (Schriftenreihe: Jugend im Blickpunkt)
KRÜGER, Hildegard - BREETZKE, Ernst - NOWACK, Kuno:	Gleichberechtigungsgesetz (Kommentar), München - Berlin 1958
KUEMMERLE, H.P. - SENN, A. - RENTCHNICK, P. - GOOSSENS, N. u.a.:	Klinik und Therapie der Nebenwirkungen, Stuttgart 1960
KUHNKE:	Pflicht zur Operation, Juristische Wochenschrift 1934, S. 524 - 529
LANGE, Heinrich:	BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München - Berlin 1961
LANGE, Hermann:	Die Lücke im Kindschaftsrecht, NJW 1961, S. 1889 - 1896
LARENZ, Karl:	Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937
LARENZ, Karl:	Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd.: Besonderer Teil, 5. Aufl., München - Berlin 1962
LEHMANN, Heinrich:	Einwilligung, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (hers. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster) Bd. 2, S. 210-213, Berlin-Leipzig 1927

LEHMANN, Heinrich:	Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1960
LEIPZIGER KOMMENTAR:	Strafgesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1957, Bd. 2, 8. Aufl., Berlin 1958
LENCKNER, Theodor:	Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 72 (1960), S. 446 - 463
LINCKELMANN, Karl:	Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Berlin 1898
LUTHER, Karl:	Ehemündigkeit Volljährigkeit Strafmündigkeit, Berlin - Spandau 1961 (Schriftenreihe: Jugend im Blickpunkt)
v. MANGOLDT, Hermann - KLEIN, Friedrich:	Das Bonner Grundgesetz (Kommentar) Bd. 1, 2. Aufl., Berlin - Frankfurt a.M. 1957
MANIGK, Alfred:	Rechtshandlungen, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (hers. v. Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster) Bd. IV, S. 664 - 671, Berlin - Leipzig 1927
MANIGK, Alfred:	Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
MATTERN, Friedrich:	Zum "Stichentscheid", Ehe und Familie (FamRZ) 1959, S. 405 f.
MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günter:	Grundgesetz (Kommentar), München - Berlin 1960
MAURACH, Reinhart:	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958; Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959
MAYER, Hellmuth:	Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart - Köln 1953
MEHRLE, Hans:	Die strafrechtliche Beurteilung der eigenmächtigen Heilbehandlung nach Aufhebung des § 2 n.F. StGB, Diss. jur., Freiburg 1950 (Maschinenschrift)

MERKEL, Reinhard:	Zum Begriff des rechtlichen Vorteils nach § 107 BGB, Diss. jur., Göttingen 1951 (Maschinenschrift)
MEZGER, Edmund:	Strafrecht (Lehrbuch), 3. Aufl., Berlin - München 1949
MEZGER, Edmund:	Strafrecht II. Besonderer Teil, 7. Aufl., München - Berlin 1960
MOLITOR, Erich:	Schuldrecht II. Besonderer Teil, 5. Aufl., Berlin - München 1961
MORWEISER, Josef:	Die elterliche Gewalt des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und ihre Wirkungen gegenüber Dritten, Diss. jur., Heidelberg 1951 (Maschinenschrift)
MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich:	Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, Bd. IV Familienrecht, Amtliche Ausgabe Berlin - Leipzig 1888
MÜHLMANN, Erich:	Das Recht des Verletzten zur Einwilligung, Diss. jur., Köln 1938
MÜHLMANN, Erich - BOMMEL, Gert:	Das Strafgesetzbuch an Hand der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Praxis (Kommentar), Straubing 1948
MÜLLER:	Nochmals: Sorgeentziehung bei kranken Kindern, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt Bd. 22 (1931), S. 303 - 305
NEIDHARDT, Karl - MÜLLER, Gertrud:	Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und Juristen, NJW 1956, S. 1097 - 1100
NISSEN, Hans Heinrich:	Das Recht der Personensorge für Kinder geschiedener Ehegatten, Diss. jur., Tübingen 1929
NOELLE, O. - BOSCHAN, W.:	Das Preußische Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger (Kommentar), 3. Aufl., Berlin 1915

NOLL, Peter: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955

OERTMANN, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927; 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1929

OHLAND, Annaliese: Die rechtliche Stellung der Fürsorgeerziehungsbehörde auf Grund des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt v. 9.7.1922, Diss. jur., Göttingen 1928 (= Heft 7 der Schriftenreihe des Allgemeinen Fürsorgeerziehungstages, Hannover 1928)

OLSHAUSEN, Justus: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 9. Aufl., Berlin 1912

OPET, Otto: Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1899

OPET, Otto - v. BLUME, W.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Das Familienrecht, 3. Teil (Verwandtschaftsrecht), Bearb. von Blume, Berlin 1906

OTTE, Maximilian: Der ärztliche Eingriff und die Rechtserheblichkeit der Einwilligung, Diss. jur., München 1938

PALANDT, Otto u.a.: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 20. Aufl., München - Berlin 1961

PLANCK's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: Bd. 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913; Bd. 2, 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse Besonderer Teil, Berlin-Leipzig 1928; Bd. 4: Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1906

POTRYKUS, Gerhard: Jugendwohlfahrtsgesetz (Kommentar), München - Berlin 1953

PROTOKOLLE der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Band II, Berlin 1898

REICHEL, Hans: Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich im Zusammenhang mit der künftigen Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern? Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags, Bd. 1, S. 136 ff, Berlin - Leipzig 1926

RGR - KOMMENTAR, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern: Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd., 1. Teil (Allgemeiner Teil), bearb. von Denecke, Johannsen, Kregel, Krüger - Nieland, Kuhn, 11. Aufl., Berlin 1959;
II. Bd., 1. Teil (Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433 - 704), bearb. v. Denecke, Kuhn, Pritsch, Wilde, 11. Aufl., Berlin 1959;
II. Bd., 2. Teil, bearb. v. Fischer, Haager, Kraft, Kuhn, Scheffler, 11. Aufl. Berlin 1960;
Bd. IV, Familienrecht (§§ 1588 - 1921 Bearb.: Hallamik), 9. Aufl., Berlin 1940

RIEDEL, Hermann: Jugendwohlfahrtsgesetz (Kommentar), 2. Aufl., Berlin 1955, 3. Aufl., Berlin 1963

RISS, Franz: Erziehungsrecht und Vertretungsmacht, Juristische Rundschau 1926, Sp. 119 - 127

ROEMER, Hans - STEINDORFF, Ernst: Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, Juristenzeitung 1960, S. 137 - 142,

ROQUETTE, Hermann: Das Recht des unehelichen Kindes, Berlin - Leipzig - Wien 1943

ROSENBERG, Werner: Strafbare Heilungen, Gerichtssaal, Bd. 62 (1903), S. 62 - 83

ROTH, Gudrun: Die elterliche Gewalt der Mutter, Diss. jur., Köln 1948 (Maschinenschrift)

ROTHLIN, E.: Die zentralnervösen Wirkungen von Heilmitteln, Stgt. 1954

SCHIEDERMAIR, J.: Das Jugendwohlfahrtsgesetz und das Bayer. Jugendgesetz (Kommentar), München - Berlin - Leipzig 1926

SCHLEGELBERGER, Fr. - VOGELS, W.: Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, Berlin 1939

SCHMIDT, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939 (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 116)

SCHMIDT, Eberhard: Behandlungspflicht und Nothilfepflicht des Arztes, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, 33. Jahrg. (1942), S. 85 - 102

SCHMIDT, Eberhard: Arzt im Strafrecht, Albert Ponsold: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S. 1 ff., Stuttgart 1950

SCHMIDT, Richard: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, Jena 1904

SCHNITZERLING, Manfred: Wann kann ein Minderjähriger selbst sein Einverständnis zu einer ärztlichen Behandlung geben? Ärztliche Mitteilungen, 46. Jahrg. (1961), S. 704 f.

SCHOENKE, Adolf - SCHROEDER, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., München - Berlin 1961

SCHREY, Robert: Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 248, Breslau 1928

SCHROEDER, Horst: Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB - Entwurf 1960, NJW 1961, S. 951 - 955

SCHWARZ, Otto - DREHER, Eduard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, Kurz-Kommentar, 23. Aufl., München - Berlin 1961

SCHWARZHAUPT, Elisabeth: Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961, Teil I: Änderungen des Bürgerlichen Rechts, Ehe und Familie (FamRZ) 1961, S. 329 ff.

SCHWOERER, J.: Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n.F.), Ehe und Familie (FamRZ) 1958, S. 433 - 444

SIBER, Heinrich: Schuldrecht, Leipzig 1931

SOERGEL, Hs. Th. - SIEBERT, W. u.a.: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. 1, 9. Aufl., Stuttgart 1959; Bd. 2, 8. Aufl., Stuttgart-Köln 1952, 9. Aufl., Stuttgart 1962; Bd. 4 (Familienrecht), 9. Aufl. Stuttgart 1963

SPAHN, P.: Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerl. Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Berlin 1901

STATISTISCHES JAHRBUCH für die Bundesrepublik Deutschland 1960: Herausgeber: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden-Stuttgart-Mainz 1960

STAUDINGER'S, J.v. (u.a.) KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: I. Bd. Allgem. Teil, 11. Aufl., Berlin 1957, II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., München - Leipzig - Berlin 1928, IV. Bd. Familienrecht, 2. Teil, 9. Aufl., München-Leipzig-Berlin 1926

STEINDORFF, Ernst: (s. auch unter Roemer!) Aufklärungspflicht und Fürsorgepflicht des Arztes, Die Therapiewoche, 11. Jahr. (1960 / 61: Heft 12, September 1961,

Berichtausgabe der 13. Deutschen Therapie-woche Karlsruhe 1961), B 8 - B 15

STENOGRAPHISCHE BERICHTE über die Verhandlungen des Reichstags IX. Legislaturperiode IV. Session, 1895 / 97: Bd. 4, Berlin 1896

SÜSS, Theodor: Anmerkung zum Urteil des IV. ZS des BGH v. 9.12.1958, Juristische Rundschau 1959, S. 421 - 423

TESCH, Günther: Die Rechtfertigung eigenmächtiger Heilbehandlung, Diss. jur., Erlangen 1934

THOMA, Alfred: Die Einwilligung zu Operationen an Minderjährigen, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 20. Jahrg. (1929) S. 295 - 297

TRAEGER, Ludwig: Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, Gerichtssaal Bd. 94 (1927), S. 112 - 176.

v. TUHR, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Hälfte (II), Berlin 1914; 2. Bd., 2. Hälfte (III), Berlin 1918

WARNEYER, Otto: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Kommentar, 7. Aufl., Berlin 1938

WEDERMANN, Konrad: Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger im Falle der Fürsorgeerziehung, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 14. Jahrg. (1918), S. 102 - 107

WEGNER, Hans: Strafrecht Allgemeiner Teil, Göttingen 1951

WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 1960

ZITELMANN, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 99 (1906), S. 1 - 130

Der Begriff des ärztlichen Eingriffs

Der Begriff des ärztlichen Eingriffs umfaßt alle Maßnahmen des Arztes, die mit einem Eindringen in die körperliche Unversehrtheit eines Menschen verbunden sind [1].

Die größte Bedeutung haben Eingriffe zu Heilzwecken, die sog. "Heilbehandlungen" [2]. Sie werden vom Arzt vorgenommen, um eine "Krankheit" zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern [3]. Der Begriff der "Krankheit" soll in dieser Arbeit im weitesten Sinne verwendet werden. Er umfaßt einmal alle körperlichen Störungen eines Menschen, die schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch mit "Krankheit" bezeichnet werden. Es spielt keine Rolle, ob die körperlichen Beeinträchtigungen nur vorübergehender Natur sind (wie z.B. bei vielen Infektionskrankheiten) oder einen Dauerzustand [4] darstellen (wie z.B. gewisse Lähmungen). Zu den Krankheiten sollen aber auch die körperlichen Mißbildungen [5] gerechnet werden (z.B. Klumpfuß, zusammengewachsene Finger, zu enger Kiefer mit vorstehenden Zähnen). In der Literatur [6] werden die ärztlichen Behandlungen, die sich hierauf beziehen, mit "Korrekturen" bezeichnet. Weiter sollen als Krankheit auch gewisse mit subjektivem Unbehagen verbundene Beschwerden angesehen werden, wie z.B. Schwangerschaftsbeschwerden, Klimabeschwerden oder Wetterempfindlichkeit (z.B. bei Föhn) [7].

Welcher Mittel sich der Arzt zur Verwirklichung der verschiedenen Heilzwecke im Einzelfall bedient, spielt für den Begriff der Heilbehandlung keine Rolle:

Unter den prophylaktischen Maßnahmen sind vor allem die Schutzimpfungen hervorzuheben. Zur Diagnostik sind z.B. Durchleuchtungen, Magenaushebungen und Entnahme von Blutproben oder von Rückenmarks- oder Gehirnflüssigkeit zu rechnen. Eingriffe zu Zwecken der Therapie stellen einmal die Operationen dar und zwar die "blutigen" vermittels

---

1) Otte, S. 16.
2) Vergl. Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962 §§ 161, 162 (s. Schrifttumsverzeichnis!)!
3) Alsen, S. 44; Tesch, S. 9; Otte, S. 16; Schönke-Schröder, § 223 Anm. V 1; E 1962.
4) Der E 1962 spricht hier von "Leiden".
5) Der E 1962 spricht hier von "Körperschäden".
6) Schönke-Schröder, § 223 Anm. V 1.
7) Nach E 1962 "körperliche Beschwerden".

schneidender oder stechender Instrumente wie die "unblutigen" durch Einrenkung oder Einrichtung [1]. Zur Heilung sind ferner die Elektroschockbehandlungen und Röntgenbestrahlungen zu zählen [2]. Auch die Einspritzung von Medikamenten, die innerlich auf den Organismus des Patienten einwirken sollen, stellt einen Heileingriff dar [3]. Der Linderung dienen z.B. Einspritzungen mit schmerzbetäubenden Mitteln bei unheilbaren Krankheiten.

Kosmetische Operationen sind ebenfalls als ärztliche Eingriffe anzusehen. Sie stellen jedoch keine Heilbehandlungen dar [4].

Außer den Handlungen eines Arztes, die in irgendeiner Weise dem Körper des Patienten zugute kommen sollen, gibt es aber auch ärztliche Eingriffe, die zugunsten eines Dritten oder im allgemeinen Interesse erfolgen [5]. Eingriffe zugunsten dritter, kranker Personen bezeichnet man mit "Heilhilfe". Wichtig sind vor allem die Blutentnahmen für Bluttransfusionen und die Spendung von Haut für Hauttransplantationen. Im allgemeinen Interesse liegen experimentelle Eingriffe zur Förderung der ärztlichen Wissenschaft. Hierzu gehört z.B. die Einspritzung von neuen Heilmitteln oder Impfstoffen, deren Wirkung erprobt werden soll.

In dieser Arbeit wird neben den Heilbehandlungen von den ärztlichen Eingriffen zu anderen Zwecken nur wenig die Rede sein. Wie sich aus den Ausführungen im ersten Hauptteil der Arbeit ergeben wird, sind bei der rechtlichen Beurteilung der Heileingriffe sehr viele Fragen umstritten, während über die rechtliche Beurteilung der übrigen Eingriffe weitgehend Einigkeit herrscht. Im zweiten Hauptteil, der sich mit den Eingriffen an Kindern befaßt, wird auf kosmetische Operationen, Heilhilfe und experimentelle Eingriffe erst am Schluß in § 15 eingegangen. Da diese Maßnahmen an Kindern nur selten vorgenommen werden, spielen sie neben den Heileingriffen nur eine untergeordnete Rolle.

---

1) Engisch, Bedeutung der ärztl. Operation, S. 5.
2) BGH, NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 46 ff.
3) RGSt 25, 375 (382).
4) Mezger, Strafrecht II, § 14 IV 2a.
5) Mezger, Strafrecht II, § 14 IV 2b;
Engisch, Bedeutung der ärztl. Operation, S. 5.

1. HAUPTTEIL

Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs und die Einwilligung des Berechtigten [1]

1. Kapitel

Der ärztliche Eingriff im Straf- und Zivilrecht und die Bedeutung der Einwilligung

Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs ist seit Jahrzehnten äußerst umstritten. Da oft die Frage erörtert wird, ob diese Auseinandersetzung auch für das Zivilrecht Bedeutung hat, ist es zum Verständnis erforderlich, daß die strafrechtlichen Probleme zuerst dargelegt werden. Hinzu kommt, daß die strafrechtliche Beurteilung der ärztlichen Maßnahmen auch insofern für das Zivilrecht eine Rolle spielt, als die in Frage kommenden Strafbestimmungen Schutzgesetze i.S. von § 823 Abs. 2 BGB darstellen.

§ 1

Der ärztliche Eingriff im Strafrecht

I

Das Reichsgericht vertrat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines Menschen erfülle, unabhängig davon, welchen Erfolg er habe oder welchem Zweck er diene, den Tatbestand der Körperverletzung, §§ 223 ff. StGB [2].

Der Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich der Bundesgerichtshof in vollem Umfang angeschlossen [3].

---

1) Der Ausdruck "Berechtigter" soll auch die Fälle umfassen, in denen der Patient nicht die Einwilligung selbst erteilt. Für den Patienten hat sich in der Literatur die Bezeichnung "Verletzter" eingebürgert. Da sich aus der Minderjährigkeit des Patienten besondere Probleme ergeben, muß bei den allgemeinen Untersuchungen im 1. Hauptteil von der Behandlung volljähriger Menschen ausgegangen werden.

2) RGSt 25, 375 (378 ff.); 38, 34 (35); 61, 393 (394); 74, 350 (352).

3) BGHSt 11, 111 (112 ff.); 12, 379 (382 ff.).

Den Gerichten folgen heute in der strafrechtlichen Literatur nur noch wenige Autoren [1]. Überwiegend wird in der Literatur zwischen Heilbehandlungen und ärztlichen Eingriffen, die nicht Heilzwecken dienen, unterschieden. Während weitgehend Einigkeit darüber herrscht, daß kosmetische Operationen [2], experimentelle Eingriffe [3] und Eingriffe zu Zwecken der Heilhilfe [4] den Tatbestand der §§ 223 ff. StGB erfüllen, wird die Auffassung der Gerichte bezüglich der Heilbehandlungen abgelehnt. Die rechtliche Beurteilung der Heilbehandlung ist heute eine der wenigen grundsätzlichen Fragen, in der die Meinungen zwischen der wissenschaftlichen Lehre und der Gerichtspraxis nach wie vor auseinandergehen [5]. Die strafrechtliche Literatur entspricht weitgehend den Wünschen der Ärzte [6], die sich dagegen wehren, mit "Messerstechern" und "Raufbolden" auf eine Stufe gestellt zu werden [7]. In der Literatur werden heute [8] vor allem zwei Auffassungen vertreten. Entweder wird angenommen, der kunstgerecht, ledig-

---

1) Eichler, S. 63; Blume, Diss., S. 30 f; Tesch, S. 16 f.; Mehrle, S. 87; Wegner, S. 115 ff.; Mühlmann-Bommel, § 226 a Anm. 2; Baumann, NJW 58, 2092 ff.; Lenckner, S. 459. - Schwarz-Dreher, § 223 Anm. 3, und Dreher - Maassen, § 223 Anm. 4, geben die Ansichten von Lehre und Rechtspr. ohne eigene Stellungnahme wieder.

2) Schaefer in LK, § 223 Anm. III 2; Noll, S. 91 f.; Welzel, § 38 I 3 a (S. 251); Schönke-Schröder, § 223 Anm. V 1.
A.M.: Maurach, AT, § 28 I 4 (S. 270) u. BT, § 8 II 4 (S. 74), der die kosmetischen Eingriffe wie Heilbehandlungen beurteilt, da die Grenzen flüssig seien.

3) Frank, Vorbem. II 3 vor § 223; E. Schmidt, in Ponsold, S. 61; Mezger, Strafr. II, § 14 IV 2b; Welzel, § 38 I 3.

4) Noll, S. 91; Engisch, Bedeut. d. ärztl. Op., S. 35; Mezger, Strafrecht II, § 14 IV 2b; Schönke-Schröder, § 223 A. VI.

5) Schröder, NJW 61, 951.

6) Vergl. in "Gutachten u. Stellungnahmen ...":
Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde, S. 52;
Dt. Gesellschaft für gerichtliche und soziale Medizin, S. 69;
Dt. Gesellschaft für Chirurgie, S. 140: "Vom ärztlichen Standpunkt aus haben Körperverletzung und ärztlicher Eingriff nicht das geringste miteinander zu tun."

7) Herter, S. 17; E. Schmidt, JR 58, 226.

8) Auf die ältere Literatur einzugehen, würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen. Ein guter Überblick findet sich bei Frank, Vorbem. II 3 vor § 223 und Kohlrausch-Lange, § 223 Anm. II.

lich zu Heilzwecken eingreifende Arzt erfülle niemals den Tatbestand der Körperverletzung [1], oder es wird zwischen geglücktem und mißglücktem Heileingriff unterschieden und nur der mißglückte Eingriff als Körperverletzung angesehen [2].

Für die Entscheidung der Frage, ob der ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung i.S. des StGB darstellt, ist zu beachten, daß § 223 StGB die körperliche Mißhandlung und die Gesundheitsbeschädigung unterscheidet.

1) Nach der ersten in der Literatur vertretenen Ansicht, die nicht auf den Erfolg der ärztlichen Handlung abstellt, soll der ärztliche Eingriff begrifflich niemals eine körperliche Mißhandlung sein. Zur Begründung wird vor allem vorgetragen, Körperverletzung bedeute "Körperinteressenverletzung" [3]. Eine solche Interessenverletzung begehe der Arzt jedoch nicht. Da er zu dem Zweck handele, den Patienten zu heilen, nehme er im Gegenteil gerade die körperlichen Interessen des Kranken wahr. Nach der Ansicht von Noll [4] "schützt der Arzt den gleichen Wert wie die Strafbestimmung."

Dieser Meinung könnte nur dann gefolgt werden, wenn die Frage, was unter "Körperinteressenverletzung" zu verstehen ist, aus der Sicht des Arztes zu beantworten wäre. Es müßte also allein darauf ankommen, ob der Eingriff medizinisch angezeigt ist oder nicht. Zu einer solchen Annahme gibt das StGB jedoch keinen Anlaß. Schutzobjekt der §§ 223 ff. StGB ist der menschliche Körper. Grundsätzlich entscheidet jeder Mensch selbst darüber, welche Interessen sein Körper hat und ob er ärztliche Eingriffe zulassen will. Ausschlaggebend sind subjektive Gesichtspunkte des Kranken

---

1) Ebermayer, S. 150; Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 72; Geerds, Diss. S. 29 f.; Noll, S. 90; Engisch, Bedeutung der ärztl. Op., S. 20; Welzel, § 38 I 3a (S. 251); Mezger, Strafrecht II, § 14 IV; Schönke-Schröder, § 223 Anm. V; Kohlrausch-Lange, § 223 Anm. III 3.

2) Frank, Vorbem. II 3 vor § 223; Otte, S. 19 f., Flehinghaus, S. 24; Mayer, § 25 I (S. 170); Mezger, Lehrbuch, § 32 II 1 (S. 244); Schaefer, in LK, § 223 Anm. III 2; Maurach, BT, § 8 II 1 (S. 72); Schröder, NJW 61, 953.

3) Engisch, ZStW 58, 5 ff.; ders., Bedeutung der ärztl. Op., S. 20; Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 69 ff.; Mezger, Strafrecht II, § 14 IV 1; Herter, S. 19.

4) Noll, S. 90.

und nicht allein medizinische Kriterien. Dieses Ergebnis folgt heute aus Art. 2 Abs. 1 GG. Hiernach wird jedem Menschen das Recht auf körperliche Unversehrtheit von Verfassungs wegen garantiert. Der Umfang des Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG wird auf den S. 9 ff. näher behandelt. Auf die dortigen Ausführungen darf verwiesen werden.

Da heute grundsätzlich jeder Mensch allein entscheidet, wieweit seine körperlichen Interessen reichen, kann man auch nicht die Mezger [1] dem StGB "die Voraussetzung unterstellen, es seien von vornherein seine Straf-Tatbestände auf die von ihm generell gebilligten und als sozial unentbehrlich erkannten Heileingriffe nicht anwendbar".

Welzel [2] ist der Ansicht, der ärztliche Eingriff stelle keine körperliche Mißhandlung dar, da der Begriff der Mißhandlung eine unangemessene und falsche Behandlung des Kranken voraussetze. Diese Begriffsbestimmung ist jedoch zu eng. Der Tatbestand der Mißhandlung, ist erfüllt, wenn der Täter dem Verletzten ein körperliches Mißbehagen zufügt oder dessen Wohlbefinden stört [3].

Schon das RG [4] vertrat die Ansicht, der Gesetzgeber habe mit dem Ausdruck "körperlich mißhandeln" im weitesten und allgemeinen Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen wollen. Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten den ärztlichen Eingriff, so ist festzustellen, daß eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindes des Patienten in fast jeder ärztlichen Maßnahme liegt. Man denke nur an chirurgische Eingriffe, Bestrahlungen, Impfungen usw.! Im übrigen weist Baumann [5] mit Recht darauf hin, daß, wenn man die abwertende Bedeutung des Begriffs Mißhandlung schon bei der Untersuchung der Tatbestandsmäßigkeit ausschöpft, die Frage der Rechtswidrigkeit gleichzeitig untersucht werden muß.

Ebensowenig kann der in der Literatur vertretenen Ansicht [6], es liege keine Mißhandlung vor, da der Arzt nicht mit Mißhandlungsvorsatz handele, zugestimmt werden. Folgt man der m. E. richtigen Meinung, daß der

---

1) Mezger, Strafrecht II, § 14, IV 1.
2) Welzel, § 38 I 3a (S. 251).
3) Eichler, S. 63; vergl. auch Rosenberg, S. 68 ff.!
4) RGSt 25, 375 (378).
5) Baumann, NJW 1958, 2094.
6) Ebermayer, S. 150; Maurach, BT, § 8 II 1 (S. 72), der allerdings nicht folgerichtig beim mißglückten Eingriff den Tatbestand des § 223 StGB als erfüllt ansieht.

Vorsatz erst bei der Frage, ob den Täter ein Verschulden trifft, zu untersuchen ist [1], spielt er für die Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung keine Rolle.

Auch der zweiten in der Literatur vertretenen Meinung, nach der es für die Frage, ob eine Mißhandlung vorliegt, darauf ankommt, ob die ärztliche Behandlung Erfolg hatte oder nicht, kann nicht gefolgt werden. Der Eingriff selbst stellt noch keine Heilung dar [2]. Bei der Prüfung, ob der Arzt eine Mißhandlung vornimmt, ist allein auf den Augenblick der Tat abzustellen. Ob der Arzt den Tatbestand der Mißhandlung erfüllt, kann nicht bei der Tat offen bleiben. Der Arzt muß wissen, ob er handeln darf oder nicht. Es geht auch nicht an, ihm "das Risiko des Gelingens" aufzubürden [3]. Der Erfolg ist, worauf schon das RG [4] hinweist, oft von "unberechenbaren Zufälligkeiten" [4] abhängig.

2) Anders wird man aber bei der Frage, ob der Arzt auch die Gesundheit des Patienten beschädigt hat (§ 223 2. Altern. StGB), entscheiden müssen. Hier wird auf den Erfolg der Handlung abzustellen sein. Wenn der Kranke durch die Behandlung gesund geworden ist, kann man in der Tat nicht von einer Gesundheitsbeschädigung sprechen [5]. Das Reichsgericht warf in seinem grundlegenden Urteil vom 31.5.1894 [6] diese Frage nicht auf. Der Oberreichsanwalt, dessen Stellungnahme im Anschluß an die RG-Entscheidung veröffentlicht ist, führte aber aus, "eine Gesundheitsbeschädigung setze begrifflich den Eintritt eines körperlichen Nachteils, eines schädigenden Erfolgs voraus, und an einem solche fehle es, wenn die ärztliche Operation nicht nur keine schädlichen, sondern wohltätige und vorteilhafte Wirkungen für den Operierten nach sich ziehe" [7].

3) Soweit in der Literatur die Ansicht vertreten wird, der Arzt erfülle bei Heileingriffen nicht den Tatbestand der Körperverletzung, entfällt die

---

1) Vergl. Schönke - Schröder, Vorbem. I vor § 1.
2) Blume, Diss. S. 30.
3) A.M. Schröder, NJW 1961, 953.
4) RGSt 25, 375 (379).
5) Bühring, S. 5; Eichler, S. 63; Otte, S. 20; Schaefer, LK, § 223 Anm. III 2.
6) RGSt 25, 375 ff.
7) RGSt 25, 375 (385 ff.).

Prüfung, ob die Handlung des Arztes im Einzelfall rechtmäßig war [1]. Es ist daher für diese Lehre ohne Bedeutung, ob der Eingriff ohne oder sogar gegen den Willen des Patienten erfolgte [2]. Da es nun vielfach als unbefriedigend empfunden wird, daß der Arzt, der eine Behandlung vorgenommen hat, die dem Willen des Patienten nicht entsprach, straflos bleiben soll, wird in diesen Fällen von manchen Autoren ein Freiheitsdelikt des Arztes i.S. der §§ 239, 240 StGB angenommen [3].

Hierzu ist zu sagen, daß eine Bestrafung des Arztes nach den § 239, 240 StGB, die eine Einwirkung auf den Willen des Kranken voraussetzen, nur in den seltensten Fällen möglich ist [4]. Eine gewaltsame Behandlung (z.B. durch Anbinden an den Operationstisch) liegt wohl fast nie vor. Der Regelfall der "eigenmächtigen Heilbehandlung" dürfte sein, daß der medizinisch nicht vorgebildete Patient über Tragweite und Bedeutung des Eingriffs keine oder unrichtige Vorstellungen besitzt [5]. Der Arzt handelt in diesen Fällen zwar ohne den Willen des Patienten, er übt aber keinen Zwang auf dessen Willensbildung aus, die zu einem "Dulden" oder "Unterlassen" führt [6]. Eine analoge Anwendung der §§ 239, 240 StGB, wie sie Schmidt [7] im Jahre 1939 vorschlug, ist heute nach Aufhebung des § 2 StGB i.d.F. v. 28.6.35 [8] nicht mehr möglich [9]. Im übrigen darf es auch nicht unbeachtlich sein, daß es für einen Nichtjuristen, dem der Arzt z.B. ohne seinen Willen ein Bein amputiert hat, unverständlich sein muß, daß der Arzt nicht seinen Körper verletzt, sondern nur gegen die Freiheit seiner Willensentschließung verstoßen haben soll.

---

1) Mezger, Strafrecht II, § 14 1; Geerds, Diss., S. 29.

2) Nach Schröder, NJW 1961, 953, ist die Einwilligung des Patienten "Zulässigkeitselement" für die Handlung des Arztes. Schröder geht damit aber über den Wortlaut des § 223 StGB hinaus und versucht schon einen Gedanken der Entwürfe zu einem neuen StGB auf das geltende Recht anzuwenden (vergl. unten S. 12 ff. !).

3) Bühring, S. 36; Otte, S. 22; Schmidt, Der Arzt im Strafr., S. 112; Mezger, Lehrbuch, § 32 II 1 (S. 244); ders., Strafrecht II, § 17 III 2; Kern, S. 61; Herter, S. 17; Engisch, Bedeut. d. ärztl. Op., S. 20; Welzel, § 38 I 3a (S. 251).

4) Bockelmann, S. 946.

5) Auf die Aufklärungspflicht des Arztes wird in § 3 eingegangen.

6) Mehrle, S. 83.

7) Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 112.

8) RGBl I S. 839.

9) So auch Schröder, NJW 61, S. 935, A.M.: Mezger, Strafrecht II, § 17 III 2, der die §§ 239, 240 StGB "sinngemäß auslegen" will.

Als Ergebnis von I ist also festzuhalten, daß der Arzt mit jedem Eingriff den Tatbestand der körperlichen Mißhandlung erfüllt und daß er außerdem die Gesundheit des Patienten beschädigt, wenn der Eingriff mißlingt.

II

Folgt man der m.E. richtigen Ansicht, nach der jeder ärztliche Eingriff den Tatbestand des § 223 StGB erfüllt, taucht die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen die Handlung des Arztes rechtmäßig ist. In der älteren Literatur wurde von einigen Autoren angenommen, ein Rechtfertigungsgrund ergäbe sich aus "ärztlichem Berufsrecht" [1] oder kraft Gewohnheitsrechts [2]. Nach Schaefer [3] soll der mißglückte Eingriff "nach den Grundsätzen des erlaubten Wagnisses" (erlaubtes Risiko) rechtmäßig sein. Im Gegensatz hierzu läßt die Rechtsprechung als Rechtfertigungsgrund nur die Einwilligung des Berechtigten gelten [4]. Die Einwilligung schloß früher kraft Gewohnheitsrechts die Widerrechtlichkeit aus. Sie ist durch Einführung des § 226 a StGB [5], der sie unter bestimmten Voraussetzungen für unbeachtlich erklärt, auch vom Gesetzgeber als Rechtfertigungsgrund anerkannt worden [6].

Der Meinung der Gerichte, daß es für die Frage, ob der Arzt rechtmäßig gehandelt hat, allein auf den Willen des Berechtigten, also im Regelfall des Patienten [7], ankommt, ist zu folgen. Der Arzt muß vor jedem Eingriff die Einwilligung des Berechtigten einholen. Es geht nicht an, den Arzt darüber entscheiden zu lassen, ob für den Kranken der mit dem Eingriff bezweckte Erfolg wichtiger ist als die Gründe, aus denen sich der Patient möglicherweise gegen eine Behandlung ausspricht.

Diese Ansicht findet heute ihre Bestärkung durch Art. 2 II 1 GG, der jedem Menschen von Verfassungs wegen das Recht auf "körperliche Unversehrtheit" garantiert. In der verfassungsrechtlichen Lehre ist es daher auch unstreitig, daß der Arzt für jede Heilbehandlung der Einwilligung des Berech-

---

1) Vergl. z.B. Finger, § 82 I 3 b (S. 410); Kahl, S. 368; Olshausen, § 223 Anm. 9 b.
2) Richard Schmidt, S. 38.
3) Schaefer, in LK, § 223, Anm. III 2.
4) RGSt 25, 375 (381 f.); 38, 34 (35); 74, 350 (352); BGHSt 11, 111 (112 ff.); 12, 379 (382).
5) Gesetz vom 16.5.1933, RGBl I S. 295.
6) Geerds, Diss., S. 31.
7) Auf die Person des Einwilligungsberechtigten bei Eingriffen an Kindern wird im zweiten Hauptteil eingegangen.

tigten bedarf [1]. Der Begriff der "körperlichen Unversehrtheit" deckt sich weder mit dem des Lebens noch mit dem der Gesundheit [2]. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist das Recht eines jeden Menschen, eine Einwirkung Dritter auf seinen Körper zu verbieten, seinen körperlichen Zustand - auch wenn er im medizinischen Sinne pathologisch ist - von der Beeinflussung Dritter freizuhalten. Dürig [3] zeigt vier Teilrechte auf, in die sich das Recht auf körperliche Unversehrtheit vor allem zerlegen läßt, vier Teilrechte, in die nicht ohne oder gegen den Willen des Berechtigten eingegriffen werden darf: Er nennt hier einmal das Grundrecht auf Freiheit vor Unfruchtbarmachung. Dieses Recht verletzt der Arzt, wenn er z.B. ohne Einwilligung bei einem Myom oder bei Krebs die Gebärmutter [4] oder die Eierstöcke [5] der Patientin entfernt. Weiter zählt Dürig die Grundrechte auf Freiheit vor Schmerzen (wie schon erwähnt, sind Schmerzen mit sehr vielen Eingriffen verbunden), auf Freiheit vor Verunstaltungen (z.B. Narben) und auf Freiheit vor Verletzung der körperlichen Gesundheit auf. Als weiteres Teilrecht des Rechts auf körperliche Unversehrtheit wird man das Grundrecht auf Freiheit vor psychischen Störungen oder Veränderungen ansehen können. So birgt z.B. die Verabreichung von Opium, das vor allem zur Schmerzlinderung Verwendung findet, Gefahren in sich. Das im Opium enthaltene Morphin kann wegen seiner "besonderen psychischen Wirkungen, die Euphorie und die eigenartigen angenehmen Stimmungszustände " [6], zu einer Sucht des Patienten führen. Es kann "der Charakter des Patienten in schlechtem Sinne dahin verändern, daß er Sklave des Mittels wird" [6]. Weiter sind in diesem Zusammenhang die Nebenwirkungen zu nennen, die die Verabreichung von Hormonen in der Krebs- und Tuberkulosetherapie hervorrufen kann. So kann etwa Cortison, ein Nebennierenrindenhormon [7], zu Verwirrtheitszuständen, Depressionen, Reizbarkeit, Unruhe und echten Psychosen führen, die u.U. auch nach Absetzen der Hormonbehandlung bestehen bleiben [8]. Die Behandlung von Krebs bei Frauen mit starken Dosen männlicher Sexualhormone können "sexuelle Exzesse, die bis zur Prostitution gehen" [9], zur Folge haben.

---

1) Die Drittwirkung der Grundrechte wird auf S. 91 behandelt.
2) Maunz-Dürig, Art. 2 II RdNr. 29; v. Mangoldt-Klein, Art. 2 Anm. V 3; Hamann, Art. 2 Anm. B 9; Kern, S. 60; Angerer, S. 164.
3) Art. 2 II RdNr. 30.
4) BGHSt 11, 111.
5) LG Düsseldorf, NJW 1961, 2064.
6) Rothlin, S. 26.
7) Kuemmerle-Heni, S. 248.
8) Kuemmerle-Heni, S. 619; Kuemmerle-Rentchnik, S. 697 f.
9) Kuemmerle-Rentchnick, S. 697.

Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß es nicht immer gesagt ist, daß ein Kranker, der aus einem der erwähnten Gründe nicht bereit ist, seine Einwilligung zu einem Eingriff zu erteilen, nicht doch gesund werden kann. Der nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft indizierte Eingriff braucht nicht immer das einzige Mittel zur Heilung zu sein. So erinnert Mehrle [1] z.B. an die massenhaften Beinamputationen bei Soldaten wegen Erfrierungen im Winter 1941/42. Er weist darauf hin, daß die medizinische Wissenschaft schon 1943 erkannte, daß ein großer Teil dieser Amputationen unnötig gewesen war. Es hatte sich herausgestellt, daß die Soldaten, die sich einer Amputation widersetzt hatten, vielfach trotzdem geheilt werden konnten.

Aber auch wenn ein Eingriff keine mißlichen Nebenfolgen mit sich bringen kann, entscheidet allein das Selbstbestimmungsrecht des Kranken über seine körperliche Unversehrtheit darüber, ob die Behandlung vorgenommen werden soll oder nicht. Der BGH [2] führt hierzu aus: "Das in Art. 2 II 1 GG gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird ... Denn selbst ein lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen".

Darüber hinaus muß man aber auch das Recht, aus völlig unvernünftigen Gründen einen ungefährlichen Eingriff, der zur Erhaltung des Lebens oder der Gesundheit unbedingt erforderlich ist, abzulehnen, anerkennen. Es gibt zwar ein Recht auf Leben und auf Gesundheit, aber es gibt keinen Zwang zum Leben und zur Gesundheit [3]. Dürig [4] weist mit Recht darauf hin, daß das Recht auf körperliche Unversehrtheit wie jedes Freiheitsrecht "auch das Recht auf objektiv falsche Entscheidungen und ein immanentes Risiko des Scheiterns" enthält.

---

1) Mehrle, S. 6.
2) BGHSt 11, 111 (116).
3) Auf das öffentl. rechtl. Behandlungszwangsrecht, z. B. nach dem Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten, soll hier nicht eingegangen werden.
4) Maunz-Dürig, Art. 2 II RdNr. 37.

III

Handelt der Arzt ohne Einwilligung des Berechtigten, so kommt es für die Frage, ob er sich strafbar gemacht hat, darauf an, ob ihn ein Verschulden trifft. Nimmt er einen Eingriff gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten vor, so hat er sich wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafrechtlich zu verantworten. Im übrigen sind die Umstände des Einzelfalles dafür entscheidend, ob er schuldhaft die Einwilligung des Berechtigten nicht eingeholt hat. Der BGH nahm z.B. ein fahrlässiges Verhalten eines Arztes in folgendem Fall an [1]: Der Arzt entfernte bei der Operation eines Gebärmuttermyoms die ganze Gebärmutter. Er hatte vor der Operation nicht an diese naheliegende Möglichkeit gedacht und sich deshalb nicht die Einwilligung der Patientin hierzu geben lassen.

IV

Angesichts der heftigen Ablehnung, auf die die Rechtsprechung bezüglich der Heileingriffe in Kreisen der Ärzteschaft und in der strafrechtlichen Literatur stößt, wird seit dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 (§ 313) geplant, für die "eigenmächtige Heilbehandlung" eine besondere Strafbestimmung zu schaffen [2]. Auch der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 [3] befaßt sich in den §§ 161, 162 mit der Heilbehandlung.

Nach § 161 sollen "Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern", nicht als Körperverletzung strafbar sein. In § 162 wird die eigenmächtige Heilbehandlung unter Strafe gestellt. § 162 Abs. 1 lautet: "Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung vornimmt, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Straf-

---

1) BGHSt 11, 111.

2) Vergl. auch § 238 E 1925: §§ 263, 281 Reichstagsdrucksache Nr. 3390 (III. Wahlperiode 1924 / 27); §§ 161 f. E 1960.

3) Bundesratsdrucksache 200/62.

haft oder mit Geldstrafe bestraft". Die Tat wird gemäß § 162 Abs. 4 nur auf Antrag verfolgt. Stirbt der Verletzte, so soll das Antragsrecht auf die Angehörigen übergehen.

In der amtlichen Begründung zu den Vorschriften wird darauf hingewiesen, daß nach § 161 von der Bestrafung wegen Körperverletzung nur die ärztlich angezeigten und kunstgerecht vorgenommenen Behandlungen ausgenommen seien. Eigenmächtige Fehlbehandlungen sollen wegen Körperverletzung strafbar sein. Hiermit soll das Delikt des § 162 in Tateinheit stehen.

Kosmetische Operationen werden von § 161 nicht erfaßt. Für sie sollen die Körperverletzungsbestimmungen anwendbar bleiben.

In § 162 E 1962 ist die Einwilligung nicht mehr Rechtfertigungsgrund, sondern das Fehlen der Einwilligung Tatbestandsmerkmal [1]. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der neue Tatbestand, wie Wegner [2] bezüglich der ähnlich lautenden Bestimmungen in den älteren Entwürfen meint, "praktisch lange nicht den gleichen Erfolg" wie die §§ 223 ff. des geltenden StGB bieten wird. Die Voraussetzungen, die für das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung gegeben sein müssen, werden - bis auf die Einschränkung der ärztlichen Aufklärungspflicht in bestimmten Fällen [3] - durch die Gesetzesänderung nicht berührt werden [4].

§ 2

Der ärztliche Eingriff im Zivilrecht

I

Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs ist im Zivilrecht viel weniger umstritten als im Strafrecht. In Literatur und Rechtsprechung wird überwiegend die Ansicht vertreten, jeder ärztliche Eingriff stelle eine

---

1) Im Gegensatz hierzu ist die Einwilligung zu Körperverletzungen nach § 152 E 1962 Rechtfertigungsgrund.

2) Wegner, S. 117.

3) Hierauf wird in § 3 eingegangen.

4) Amtl. Begründung zum E 1962: Vorbem. zum 4. Titel i.V. m. Bem. zu § 152; vergl. auch Steindorff, Therapiewoche, B 9!

Körperverletzung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB dar [1]. Für alle, die der Meinung sind, der Arzt erfülle mit jedem Eingriff den Tatbestand des § 223 StGB, muß es selbstverständlich sein, daß er gleichzeitig eine Körperverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB begeht. Eine Mißhandlung i. S. von § 223 StGB, die zivilrechtlich keine Körperverletzung darstellt, ist nicht denkbar. Für diese m. E. richtige Ansicht spielt daher bei der rechtlichen Beurteilung des ärztlichen Eingriffs die Streitfrage, ob sich der zivil- und strafrechtliche Begriff der Körperverletzung decken, keine Rolle [2]. Will man aber bei einer engen Auslegung des Begriffs "Mißhandlung" bei Heileingriffen die Erfüllung des Tatbestands von § 223 StGB verneinen, so kann dies nicht dazu führen, daß man aus dem gleichen Grunde auch das Vorliegen einer Körperverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB ablehnt [3]. § 823 Abs. 1 BGB setzt keine "Mißhandlung" voraus [4]. Verletzung des Körpers nach § 823 1 BGB ist jeder äußere Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als solche [5].

---

1) Zitelmann, S. 81; Fischer, S. 279; Hegener, S. 54; Oertmann, § 823 Anm. 2 b; Planck, § 823 Anm. II 3e; Staudinger-Engelmann, § 823 Anm. II A 2b; Siber, § 76 I 1 c. (S. 452); Warneyer, Vorbem. I vor § 823; Bremer, S. 33; Hedemann, § 64 IV b (S. 354); Siebert - Schräder, § 823 RdNr. 77 ff.; Larenz, Schuldrecht II, § 66 I e (S. 373); Erman - Drees, § 823 Anm. A 4 b; RGRK, § 823 Anm. 13; Achilles - Greiff - Brüggemann, § 823 Anm. 1 a u. 4; Esser, § 202 I (S. 843); Molitor, § 34 I 2 (S. 187); Palandt - Gramm, § 823 Anm. 8e.
RG in JW 1907, 505; JW 1911, S. 748 (= Warn. 1911, Nr. 398); Warn. 1920, Nr. 109; RGZ 68, 431, (433); 78, 432; 88, 433 (436); 151, 349 (352); 163, 129 (138); 168, 206 (210); BGH in NJW 1956, 1106 ff (1. Elektroschockurteil); BGHZ 7, 198 (207); 29, 33; 29, 46 (2. Elektroschockurteil); 29, 176 (179); LG Düsseldorf, NJW 1961, 2064.

2) Für Deckung der Begriffe: Staudinger - Engelmann, § 823 Anm. II A 2 b; Bremer, S. 33.

3) Es ist keineswegs immer der Fall, daß eine Tat, die eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB darstellt, gleichzeitig strafbar ist. So sind z. B. sittenwidrige Schädigungen i. S. v. § 826 BGB denkbar, die zwar zur Schadensersatzpflicht des Täters, nicht aber zu seiner Bestrafung führen.

4) Zitelmann, S. 83; Reichel, S. 158; Planck, § 823 Anm. II 3e.

5) Zitelmann, S. 81; Planck, § 823 Anm. II 3e; RGRK, § 823 Anm. 13; Achilles-Greiff-Brüggemann, § 823 Anm. 1a; Siebert-Schräder, § 823 RdNr. 20.

Diese Ansicht war früher unstreitig. In der neueren Literatur wird allerdings die Frage diskutiert, ob die sog. sozialadäquaten Handlungen aus dem Tatbestand einer Rechtsverletzung ausscheiden. Unter "Sozialadäquanz" versteht man im Anschluß an Welzel "alle Handlungen, die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden" [1]. So war z.B. Nipperdey [2] der Ansicht, "aus dem formalen Wortlaut der Tatbestände seien diejenigen Lebensvorgänge herausgeschnitten, die sachlich überhaupt nicht von ihnen erfaßt würden. Erst Handlungen, die die soziale Adäquanz überschritten, seien tatbestandsmäßige Verletzungen". Zu den sozialadäquaten Handlungen wollte er auch die de lege artis durchgeführten ärztlichen Heilmaßnahmen rechnen. Nipperdey hat inzwischen aber seine Meinung, daß die soziale Adäquanz die Tatbestandsmäßigkeit ausschlösse, aufgegeben [3]. Heute vertritt er die Ansicht, die soziale Adäquanz schlösse die Widerrechtlichkeit aus. Die sozialadäquaten Handlungen seien rechtmäßig, ohne daß es hierfür eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedürfe [4]. Diese Meinung wird aber in der Literatur mit Recht überwiegend abgelehnt. So führt Larenz [5] hierzu aus, das Gesetz verbände mit dem Ausdrück "Verletzung" noch kein Werturteil. Durch die Festlegung bestimmter Unrechtstatbestände in § 823 Abs. 1 BGB wolle es gerade einen allgemeinen Maßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit aufstellen. Das endgültige Urteil über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit sei aber vom Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrundes abhängig. Nach der h. M. ist der Unrechtsbegriff im Zivilrecht erfolgsbetont [6]. Die Rechtswidrigkeit bemißt sich nach dem Standpunkt des Verletzten [6].

Kommt es somit im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht auf den strafrechtlichen Begriff der Körperverletzung an, so hat auch eine etwaige Änderung des StGB, durch die für die "eigenmächtige Heilbehandlung" ein besonderer Straftatbestand geschaffen wird, auf diese Anspruchsgrund-

---

1) RGRK, § 823 Anm. 43.
2) Enneccerus - Nipperdey, 14. Aufl., § 209 II (S. 917 f.).
3) Enneccerus - Nipperdey, 15. Aufl., § 209 V (S. 1299, Fußn. 93). Bezügl. des ärztlichen Eingriffs vergl. unten S. 17 f.
4) Enneccerus - Nipperdey, 15. Aufl., § 209 V (S. 1299).
5) Larenz, Schuldrecht II, § 66 I e (S. 373), unter ausdrücklicher Aufgabe seiner in "Vertrag und Unrecht", S. 22, vertretenen gegenteiligen Ansicht.
6) Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, § 231 III 5 (S. 933).

lage [1] für die Schadenersatzansprüche des Verletzten gegen den Arzt keinen Einfluß. Der Verletzte kann auch weiterhin Ansprüche wegen Verletzung seines Körpers nach § 823 I BGB geltend machen. Heute kann übrigens der Ansicht von Bremer [2], nach der bei einer Änderung des StGB der Verletzte seine Schadenersatzansprüche nicht mehr auf § 823 Abs. 1 BGB, sondern nur noch auf § 823 Abs. 2 i. V. m. dem neuen Schutzgesetz stützen kann, auch aus einem weiteren Grund nicht gefolgt werden. Von der Rechtsprechung ist, worauf unten auf S. 18 noch näher eingegangen wird, das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" des Menschen als "sonstiges Recht" i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt worden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht enthält auch das Recht des Menschen auf "körperliche Unversehrtheit". Jeder Heileingriff des Menschen stellt nun, wie bereits in § 1 gezeigt wurde, einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dar. Der Patient könnte daher seine Ansprüche gegen den Arzt - falls man der Ansicht sein sollte, eine Körperverletzung durch den Arzt liege nicht vor - auch mit Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründen [3].

Ebenso wie im Strafrecht kommt als Rechtfertigungsgrund für die Handlung des Arztes nur die Einwilligung des Berechtigten in Betracht. Auch im Zivilrecht folgt dies heute aus Art. 2 II 1 GG, der jedem Menschen das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewährleistet.[4]. Niemand darf gegen oder ohne seinen Willen behandelt werden.

Für die Schadensersatzpflicht des Arztes ist neben der Erfüllung des Tatbestandes von § 823 I BGB und der Rechtswidrigkeit ein schuldhaftes Verhalten des Arztes Voraussetzung. Es kann hierfür auf das in § 1 Gesagte verwiesen werden.

Der Verletzte, bei dem ohne seine Einwilligung ein Eingriff vorgenommen wurde, kann für einen etwaigen Schaden jedoch nicht nur nach § 823 I BGB, sondern auch nach § 823 II BGB i. V. m. den §§ 223 ff. StGB von dem Arzt Ersatz verlangen [5]. Die §§ 223 ff. StGB stellen Schutzgesetze i.S. von § 823 II BGB dar. Bei einer Änderung des StGB ist die strafbare "eigenmächtige Heilbehandlung" als Schutzgesetz anzusehen.

---

1) Auf die Ansprüche des Patienten aus § 823 II BGB wird erst auf S. 16 unten eingegangen.
2) Bremer, S. 33.
3) Vergl. unten S. 18.
4) BGHZ 29, 46 (49); 29, 176 (179); Siebert-Schräder, § 823 RdNr. 77.
5) BGHZ 7, 198 (207).

Um die Bedeutung, die ein rechtswidriger Eingriff für Arzt und Patienten haben kann, aufzuzeigen, soll kurz auf den Umfang der Schadensersatzpflicht des Arztes eingegangen werden: Sind etwa durch den Eingriff weitere ärztliche Maßnahmen notwendig geworden (z.B.: die Operationswunde beginnt zu eitern), so kann der Patient entweder verlangen, daß sie der Arzt kostenlos vornimmt, § 249 Satz 1 BGB [1], oder er kann den erforderlichen Geldbetrag für eine Behandlung durch einen anderen Arzt beanspruchen, § 249 Satz 2 BGB. Da bei rechtswidrigen Eingriffen das Vertrauen des Kranken zum Arzt in der Regel getrübt sein dürfte, spielt hier die dem Gläubiger bei der Verletzung seiner Person eingeräumte Befugnis, den zur Herstellung der Gesundheit notwendigen Geldbetrag fordern zu dürfen, eine große Rolle. Der Arzt hat weiter für alle durch den Eingriff hervorgerufenen Heilungskosten aufzukommen. Verlängert z.B. eine Operation, die nicht dem Willen des Kranken entsprochen hat, dessen Krankenhausaufenthalt, so hat der Arzt die hierdurch entstandenen Kosten zu tragen. Er hat auch für jeden etwaigen Verdienstausfall oder die Nachteile, die für das Fortkommen des Patienten entstanden sind, Ersatz zu leisten, §§ 842, 843 BGB. Das bedeutet, daß er an den Patienten u. U. eine lebenslängliche Rente zahlen muß. Unter Umständen kommen sogar Ersatzansprüche Dritter gegen den Arzt nach § 845 BGB in Betracht. Aber selbst wenn keinerlei Vermögensschaden durch den Eingriff entstanden ist, hat der Arzt u. U. Schadensersatz zu leisten, da bei Körperverletzungen für den Betroffenen gemäß § 847 BGB ein Anspruch auf Schmerzensgeld gegeben ist. Der Schmerzensgeldanspruch steht dem Verletzten auch dann zu, wenn durch den Eingriff zwar seine Gesundheit wiederhergestellt wurde, er aber Schmerzen erleiden, entstellende Narben oder den Verlust von Gliedmaßen usw. davontragen mußte [2].

II

Im Gegensatz zur Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der zivilrechtlichen Literatur hält Nipperdey [3] unter Bezugnahme auf die Entwürfe zu einem neuen StGB den medizinisch indizierten und kunstgerecht ausgeführten Eingriff nicht für eine Körperverletzung. Er will jedoch den Arzt, der ohne Einwilligung einen Eingriff vornimmt, wegen Verletzung der persönlichen Freiheit des Patienten, die einen Teil des Persönlich-

---

1) Vergl. Palandt - Danckelmann, § 249 Anm. 1a.
2) Soergel - Lindenmaier, § 823 Anm. A II.
3) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 212 II 3 (S. 1315); § 101 II, Fußnote 21 (S. 585).

keitsrechts darstellt, schadenersatzpflichtig machen [1].

Gegen die Ansicht Nipperdeys ist einzuwenden, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das von der Rechtsprechung aus Art. 1 und 2 GG abgeleitet und als sonstiges Recht i. S. von § 823 I BGB angesehen wird [2], vorwiegend entwickelt wurde, um "letzte privatrechtliche Lücken beim Schutz der ureigensten Intimsphäre" [3] zu schließen. Ein Zurückgreifen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht notwendig, soweit durch die besonderen Bestimmungen des bisherigen Rechts die körperliche Unversehrtheit des Menschen bereits geschützt wird [4].

Die Frage, ob der gegen oder ohne seinen Willen Behandelte seine Schadensersatzansprüche gegen den Arzt mit Körperverletzung oder mit Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründen kann, ist im übrigen nicht nur von theoretischer Bedeutung. Ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht nach dem Wortlaut des § 847 BGB nur bei Verletzung des "Körpers" oder der "Gesundheit". Der Bundesgerichtshof [5] billigt allerdings neuerdings in bestimmten Fällen auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Schmerzensgeld zu. Seine Rechtsprechung stößt aber in der Literatur [6] vielfach auf Ablehnung. Es wird ihm vorgeworfen, seine Entscheidungen erfolgten contra legem, da § 253 BGB eine analoge Anwendung des § 847 BGB verbiete. Auf die Streitfrage soll hier nicht näher eingegangen werden. Es sei aber darauf hingewiesen, daß man im Einzelfall zu außerordentlich unbilligen Ergebnissen gelangen kann, wenn man der Ansicht ist, der ärztliche Eingriff erfülle nicht den Tatbestand der Körperverletzung und könne deshalb auch keinen Anspruch auf Schmerzensgeld begründen.

---

1) Nipperdey hat seine in der 14. Aufl. von Enn.-Nipp., AT, § 209 II (S. 917), vertretene Ansicht, ärztliche Heilmaßnahmen seien sozialadäquat und überhaupt nicht tatbestandsmäßig aufgegeben.

2) BGHZ 13, 334; 15, 249 (257); 24, 72 (76); 26, 349; 27, 284 (285); BGH in NJW 1961, 2059.

3) Maunz - Dürig, Art. 1 I RdNr. 38.

4) BGHZ 24, 72 (78); Palandt - Danckelmann, Vorbem. 2 vor § 1.

5) BGHZ 26, 349 (354 ff.) - Herrenreiterurteil -; BGH in NJW 1961, 2059.

6) Vergl. z. B. Palandt - Gramm, § 847 Anm. 1.

Weiter könnte, wenn man der Ansicht ist, der ärztliche Eingriff stelle keine Körperverletzung, sondern eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, die Frage auftauchen, ob auch hier der Betroffene bei Aufhebung oder Minderung seiner Erwerbsfähigkeit eine Rente gemäß § 843 BGB verlangen kann. § 843 BGB setzt nach seinem Wortlaut eine Verletzung des "Körpers" oder der "Gesundheit" voraus. Hier läge es aber nahe, § 843 BGB, ebenso wie es in der Rechtsprechung heute mit § 847 BGB geschieht, auch auf die Fälle der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausdehnen. Im übrigen ist es fraglich, ob dies überhaupt notwendig wäre. Der Schadensersatzanspruch des Verletzten beruht auf § 823 BGB; § 843 BGB dient lediglich der Klarstellung des Umfangs der Ersatzpflicht [1].

III

Häufig werden dem Verletzten bei einer eigenmächtigen Heilbehandlung auch vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Arzt zustehen. Mit dem Arzt wird in der Regel ein Dienstvertrag, bei Operationen u. U. ein Werkvertrag abgeschlossen [2]. Handelt der Arzt gegen den Willen seines Patienten, so ist darin eine Vertragsverletzung zu sehen. Die Ansprüche aus den §§ 823 ff. BGB sind aber deswegen nicht bedeutungslos. Abgesehen von den Fällen, in denen ein wirksamer Vertrag aus irgendeinem Grunde nicht zustandegekommen sein sollte oder der Vertrag mit dem Krankenhaus, nicht aber mit dem behandelnden Arzt abgeschlossen wurde [3], sind Schmerzensgeldansprüche nur beim Vorliegen einer unerlaubten Handlung gegeben.

---

1) Palandt - Gramm, § 823 Anm. 12.

2) Bremer, S. 6; Ebermayer, S. 88; Engisch, Die rechtl. Bedeutung der Operation, S. 32.
Göppinger, S. 58, ist der Ansicht, daß es sich um einen Vertrag sui generis handelt.

3) Vergl. BGHZ 29, 176 (179).

2. Kapitel

Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Im ersten Kapitel wurde die Bedeutung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für ärztliche Eingriffe, die zivil- und strafrechtlich den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen, behandelt. Das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung ist an verschiedene Voraussetzungen geknüpft, wovon die wichtigsten im folgenden aufgezeigt werden sollen. Die Anforderungen, die an die Person des Einwilligungsberechtigten zu stellen sind, werden erst im 2. Hauptteil dargestellt.

§ 3

Die Aufklärungspflicht des Arztes

Das Selbstbestimmungsrecht des Kranken über seine körperliche Unversehrtheit wird nur dann gewahrt, wenn der Arzt ihn über Zweck, Ausmaß und die möglichen Folgen des beabsichtigten Eingriffs aufgeklärt hat [1]. Nur wenn der Patient die Tragweite des Eingriffs kennt, kann er entscheiden, ob er dem Arzt seine Einwilligung zu der vorgeschlagenen Maßnahme erteilen soll oder nicht. Dies bedeutet, daß der Arzt ihn insbesondere auf die typischen Gefahren der Behandlung hinzuweisen hat [2]. Dabei werden Maß und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht vor allem von der Häufigkeit und Schwere der Komplikationen, die bei dem in Frage kommenden Eingriff auftreten können, bestimmt [3]. Im übrigen ist der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht heute sehr umstritten. Die eben geschilderten Grundsätze, die vor allem der Bundesgerichtshof zu dieser Frage entwickelt hat, werden von seiten der Ärzteschaft [4] und in der juristischen Literatur [5] zum Teil abgelehnt. Es wird eingewandt, daß sich eine zu weit gehende Aufklärung ungünstig

---

1) Schmidt, in Ponsold, S. 32; RGRK § 823 Anm. 10; Bockelmann, S. 945; RGZ 163, 129 (138); BGH, NJW 1956, 1106 ff; BGHZ 29,33 (37); 29, 46 (51 ff.); 29, 176, (180 ff.); LG Gießen, NJW 1956, 1111.

2) BGHZ 29, 46 (56).

3) BGHZ 29, 176 (181); Göppinger, S. 60.

4) Göppinger, S. 72 ff.; Neidhardt, S. 1097 ff.; Roemer, S. 137 ff.

5) Müller, NJW 56, 1099 f.; Steindorff, JZ 1960, 139 ff.; ders., Therapiewoche, B 8 ff.

auf den Patienten auswirken könne. Das Problem spielt vor allem bei der Krebsdiagnose eine große Rolle. Die volle Aufklärung über die Krankheit ist hier vielfach geeignet, dem Patienten den Lebenswillen zu nehmen und damit den Heilungsvorgang zu verzögern oder sogar zu vereiteln. Es taucht hier die Frage auf, ob der Arzt die Krebsdiagnose verschweigen darf, wenn er eine ernsthafte Gesundheitsbeschädigung des Patienten durch die Mitteilung der Diagnose befürchten muß. Die Frage ist zu verneinen, wenn der Patient den Arzt nach der Diagnose fragt. Hier hat ihn der Arzt voll aufzuklären. Schwierigkeiten bereiten aber die Fälle, in denen der Patient "aus Angst vor der Wahrheit (Krebs!)" keine weiteren Fragen stellt. Für den Arzt ist hier ein Fall der Pflichtenkollision gegeben [1]. Auf der einen Seite hat er das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper zu achten, auf der anderen Seite läuft er aber Gefahr, gerade durch die Aufklärung eine weitere Gesundheitsbeschädigung des Patienten herbeizuführen. Man wird hier dem Arzt keinen Vorwurf machen können, wenn er sich für die Verschweigung der Diagnose entscheidet. Bockelmann [2] ist darin zuzustimmen, daß "die ärztliche Aufklärungspflicht nicht den Zweck hat, den Arzt zur Zufügung solcher Schäden anzuhalten". Im übrigen weist Steindorff [3] mit Recht darauf hin, daß das "Selbstbestimmungsrecht des Kranken nicht zu einer Last gesteigert werden dürfe" und auch die "Schwäche des Menschen zu berücksichtigen sei". Der Arzt ist aber in den Fällen der Pflichtenkollision nur berechtigt, die Diagnose zu verschweigen. Er muß dem Patienten dagegen sagen, daß er eingreift und welchen Eingriff er vornehmen will [4]. So muß er etwa bei Gebärmutterkrebs die Patientin darüber aufklären, daß zu ihrer Heilung eine Entfernung der Gebärmutter erforderlich ist.

Neuerdings versucht der Entwurf eines StGB von 1962 in § 162 Abs. 3 eine Einschränkung der ärztlichen Aufklärungspflicht in den Fällen gesetzlich zu regeln, in denen der Patient einer Vollaufklärung "seelisch nicht gewachsen" [5] ist. Gedacht wird hierbei vor allem an die Krebsfälle. Der Entwurf nimmt für die Einschränkung, wie es in der Begründung heißt, einen "notstandsähnlichen Grund" an. Nach dem Entwurf darf der Arzt von einer vollen Aufklärung über alle Umstände absehen, wenn

---

1) Bockelmann, S. 950.
2) Bockelmann, S. 951.
3) Steindorff, Therapiewoche, B 12.
4) Bockelmann, S. 947.
5) Amtliche Begründung zu § 162 Abs. 3.

"1) der Betroffene wenigstens eingewilligt hat, daß der Arzt ihn überhaupt in Behandlung nimmt und, wenn ein Eingriff vorgenommen werden soll, überhaupt einen Eingriff vornimmt,

2) die Behandlung nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde erforderlich ist, um die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit von ihm abzuwenden,

3) eine volle Aufklärung den Betroffenen so schwer belasten würde, daß dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt würde, und

4) die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde."

Auf die "rechtlichen Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht" soll im übrigen nicht weiter eingegangen werden. Sie spielen im Rahmen der vorliegenden Arbeit keine bedeutende Rolle. Wie im nächsten Hauptteil gezeigt wird, kommt bei ärztlichen Eingriffen an Kindern sehr häufig nicht das Kind als Einwilligungsberechtigter in Betracht. Wo aber nicht der Kranke selbst die Einwilligung zu erteilen hat, wird man eine rückhaltslose Aufklärungspflicht des Arztes annehmen müssen [1]. In diesen Fällen kann die Kundgebung der Wahrheit keine nachteiligen Wirkungen auf den Operationsablauf haben, da der Patient sie nicht erfährt. Wenn man darüber hinaus beim einwilligungsberechtigten Patienten im Einzelfall die Möglichkeit annehmen kann, daß er auf die Aufklärung verzichtet und sich dem Arzt anvertraut [2], so ist dies nicht zulässig, wenn die Einwilligung von einem Dritten erteilt wird. Er kann die Verantwortung nicht auf den Arzt übertragen. Ebensowenig ist hier die Handlung des Arztes als gerechtfertigt anzusehen, wenn der Einwilligungsberechtigte aus "Vergeßlichkeit" seinen Willen nicht geäußert hat. Steindorff [3] hält dies, wenn der Patient selbst die Einwilligung zu erteilen hat, für möglich.

---

1) Schmidt, in Ponsold, S. 33.
2) Steindorff, JZ 1960, 141; E 1962, Begründung zu § 162 III.
3) Steindorff, Therapiewoche, B 15.

§ 4

Die Erklärung der Einwilligung durch den Berechtigten

Ob die Wirksamkeit der Einwilligung voraussetzt, daß die Einwilligung erklärt worden ist, ist umstritten. Während einige Autoren es zur Rechtfertigung einer Handlung für ausreichend erachten, daß die mit der wirklichen "Willensrichtung" des Berechtigten übereinstimmt, ist nach anderer Ansicht eine "Erklärung" der Einwilligung durch den Berechtigten erforderlich.

Die Streitfrage wird für das Gebiet des Zivilrechts nur selten behandelt. Wie unten in § 9 dargestellt werden wird, ist die Rechtsnatur der Einwilligung streitig. Die Einwilligung wird insbesondere als einseitiges Rechtsgeschäft des Berechtigten oder als Rechtshandlung und zwar als sog. Willensäußerung angesehen. Soweit man die Einwilligung zu den Rechtsgeschäften zählt, ist es selbstverständlich, daß man eine Erklärung des Berechtigten verlangt [1]. Aber auch als Rechtshandlung muß die Einwilligung gegenüber dem Arzt abgegeben werden [2]. Der Arzt wahrt das Recht auf körperliche Unversehrtheit seines Patienten nur dann, wenn er weiß, daß seine Handlung dessen Willen entspricht. Hat der Patient seinen Willen nicht zu erkennen gegeben, so muß die Operation unterbleiben. Der Eingriff ist auch dann rechtswidrig, wenn er der Willensrichtung des Patienten entsprach.

Boehmer [3] will den inneren Willen genügen lassen, da die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs auch durch eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag aufgehoben werde und es dazu ausreiche, daß er dem inneren Willen des Verletzten entspreche. Der Vergleich mit der Geschäftsführung ohne Auftrag paßt aber für die Einwilligung nicht, da das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag gerade in den Fällen herangezogen wird, in denen die Einwilligung nicht zu erlangen ist [4].

Für das Gebiet des Strafrechts kann nichts anderes gelten. Man muß auch hier mit der herrschenden Ansicht [5] eine Erklärung des Berechtigten verlangen.

---

1) BGH, LM § 823 (Ha) Nr. 3; BGH, NJW 1956, 1107.
2) A.M.: Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 510; Boehmer, MDR 1959, S. 705.
3) Boehmer, MDR 1959, S. 705.
4) Vergl. § 6 der Arbeit!
5) Keßler, S. 101; Honig, S. 139; Traeger, S. 136; Alsen, S. 5;

Will man den inneren Willen genügen lassen [1], so führt dies außerdem in der Praxis zu ganz erheblichen Schwierigkeiten [2]. Wie kann der Arzt, wenn der Verletzte Strafantrag wegen Körperverletzung gestellt hat, beweisen, daß seine Handlung dem "inneren Willen" des Verletzten entsprach? Wird der Verletzte als Zeuge vernommen, so wird er immer behaupten, der Eingriff habe seinem Willen nicht entsprochen. Wenn Schrey [3] zwar in diesen Fällen Beweisschwierigkeiten zugibt, diese aber für unerheblich hält, da es sich um eine Rechtsfrage handele, so ist dazu zu sagen, daß es von außerordentlich praktischer Bedeutung ist, welche Voraussetzungen man für das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung aufstellt. Rechtliche Ergebnisse, die in der Praxis nicht verwendbar sind, haben daher wenig Wert [4].

Die Erklärung der Einwilligung muß nicht ausdrücklich geschehen. Der Einwilligungsberechtigte kann sie auch stillschweigend, z. B. durch schlüssige Handlungen, zum Ausdruck bringen [5].

Mühlmann, S. 29; Engisch, ZStW 58, S. 37; ders., Bedeutung der ärztlichen Operation, S. 9; Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 94; Mayer, § 24 II 2a (S. 167); Geerds, Diss., S. 76; ders., GA 1954, S. 264; Göppinger, S. 86; Maurach, AT, § 28 I 3 (S. 268); Welzel, § 14 VII 2 b (S. 88); Kohlrausch - Lange, Vorbem. II 3 vor § 51; Schönke - Schröder, Vorbem. 7 vor § 51.

1) So Schrey, S. 25; Blume, Diss. S. 32; Mezger, Lehrbuch, § 28 I (S. 209); ders., LK, Vorbem. 10 e aa vor § 51.
2) Alsen, S. 5.
3) Schrey, S. 25.
4) Vergl. auch Mayer, § 24 II 2a (Fußnote 9, S. 169)!
5) Honig, S. 145; Blume, S. 31; RG in JW 1907, 505; BGH, NJW 1956 , 1107; NJW 1961, 262.

3. Kapitel

Die Grenzen der Einwilligung und die Rechtfertigungsgründe bei Gefahr im Verzuge

Der Grundsatz, daß die Einwilligung des Berechtigten den ärztlichen Eingriff rechtfertigt, gilt nicht uneingeschränkt. In bestimmten Fällen kann die Behandlung des Arztes trotz der Einwilligung rechtswidrig, in anderen dagegen auch ohne Einwilligung rechtmäßig sein.

§ 5

Die Rechtswidrigkeit ärztlicher Kunstfehler

Die Einwilligung [1] kann nur den kunstgerecht ausgeführten Eingriff zu einem rechtmäßigen machen. Begeht der Arzt einen Kunstfehler, so spielt die Einwilligung keine Rolle [2]. Unter "Kunstfehler" soll im Anschluß an E. Schmidt [3] "jeder dem Arzt in der Arbeit am Kranken unterlaufene Fehler verstanden werden, mag es sich auch dabei nur um Fehler in der Diagnose oder um solche bei der Wahl der Durchführung der Behandlungsmethode handeln". Es genügt, daß objektiv ein Kunstfehler vorliegt. Auf ein Verschulden des Arztes kommt es nicht an [4].

Die Tat des Arztes ist nur soweit rechtmäßig, wie die Einwilligung reicht. Da der Berechtigte im allgemeinen seine Einwilligung nur zu einer sachgemäßen Behandlung erteilt, wird die Einwilligung in dem Augenblick bedeutungslos, in dem der Arzt eine fehlerhafte Maßnahme trifft [5]. Sollte die Einwilligung aber ausnahmsweise auch einmal für einen unsachgemäßen Eingriff gegeben sein - z. B. zur Einspritzung

---

1) Die Einwilligung stellt, wie in § 9 gezeigt werden wird, eine Rechtshandlung dar.

2) Ebermayer, S. 96; Schmidt, in Ponsold, S. 36; BGH, VersRecht 1960, S. 19 (20).

3) E. Schmidt, in Ponsold, S. 36.

4) Mezger, Strafrecht II, § 14 IV 1.

5) A.M.: Oertmann, § 823 Anm. 7d, der annimmt, die wirksame Einwilligung schließe die Rechtswidrigkeit überhaupt aus, so daß die §§ 823 ff. für die Operation schlechthin nicht mehr maßgebend seien. Die Folgen will er allein nach Vertragsrecht beurteilen.

eines medizinisch nicht angezeigten Rauschgifts -, so wäre sie als sittenwidrig und damit als unwirksam anzusehen [1]. Sie hat daher zum mindesten auf die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs keinen Einfluß. Zivilrechtlich könnte man daran denken, in diesen Fällen in dem Einverständnis des Patienten, wenn nicht einen Rechtfertigungsgrund, so doch wenigstens einen zwischen Arzt und Patienten durch Vertrag ausbedungenen Haftungsausschluß zu sehen. Hierzu ist aber zu sagen, daß ein Haftungsausschluß bezügl. einer vorsätzlichen Verletzung durch den Arzt wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig sein dürfte. Im übrigen kann gemäß § 276 II BGB die Haftung wegen Vorsatzes nicht im voraus erlassen werden. Aber auch die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses bei Fahrlässigkeit wird man wohl bei ärztl. Eingriffen mit Ebermayer [2] als sittenwidrig und damit als nichtig ansehen müssen [3]. Bei Schadensersatzansprüchen ist allerdings § 254 BGB zu beachten. Der BGH [4] weist darauf hin, daß eine leichtfertige Selbstgefährdung mit dem in " § 242 BGB verankerten Grundsatz über die Folgen widersprüchlichen Verhaltens", der für das Schadensersatzrecht durch § 254 BGB näher ausgeprägt sei, Bedeutung für die Haftung des Schädigers habe.

Im übrigen kommt es bei Kunstfehlern des Arztes für die Frage, ob der Arzt sich strafbar oder schadensersatzpflichtig gemacht hat, allein darauf an, ob ihn ein Verschulden an der Fehlbehandlung trifft.

---

1) Da die Einwilligung, wie in § 9 noch gezeigt werden wird, eine Rechtshandlung darstellt, kann auf sie § 138 BGB analoge Anwendung finden. (Vergl. BGHZ 7, 198 (207). Für das Strafrecht kommt § 226 a StGB hier nicht in Betracht, da er erst eingreift, wenn nicht schon die Einwilligung sittenwidrig ist, sondern erst die verletzende Handlung (Geerds, Diss., S. 172, 174).

2) Ebermayer, .S. 96.

3) Vergl. auch Stenographische Berichte, S. 2786.

4) BGH in NJW 1961, 655 (657); in dem vom BGH entschiedenen Fall handelte es sich um eine sog. Gefälligkeitsfahrt.

§ 6

Rechtfertigungsgründe für den ärztlichen Eingriff bei Gefahr im Verzuge

Abgesehen von den ärztlichen Kunstfehlern, die nicht einmal durch die Einwilligung des Berechtigten gerechtfertigt werden können, gibt es umgekehrt auch Fälle, in denen der ärztliche Heileingriff rechtmäßig ist, ohne daß der Berechtigte seine Einwilligung erklärt hat [1]. Diese Fälle sind immer dann gegeben, wenn Gefahr im Verzuge ist und die Einwilligung des Berechtigten nicht rechtzeitig eingeholt werden kann [2]. Hierbei kommen vor allem zwei Fälle in Betracht: Ein sofortiger Eingriff ist notwendig und der Patient ist bewußtlos oder - soweit eine andere Person für die Erteilung der Einwilligung zuständig ist - der Einwilligungsberechtigte ist nicht erreichbar. Diese Situation liegt heute vor allem nach Verkehrsunfällen sehr häufig vor. Außerdem kommt es in der Praxis oft vor, daß der Arzt mit Einwilligung des Berechtigten einen Eingriff vornimmt und während der Operation feststellt, daß eine weiter gehende Maßnahme zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit des Patienten unbedingt erforderlich ist. Hat der Arzt z. B. die Bauchhöhle bei einer Blinddarmoperation geöffnet und findet er hierbei ein Krebsgeschwür [3], so braucht er zur Entfernung des Krebses den Kranken nicht aus der Narkose zu wecken, um dessen Einwilligung hierzu einzuholen.

Über die Rechtmäßigkeit des Eingriffs des Arztes bei Gefahr im Verzuge herrscht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit [4]. Zur Begründung

---

1) Auf das öffentlich-rechtliche Behandlungszwangsrecht nach dem Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten, dem Impfgesetz und dem Bundesseuchengesetz soll hier nicht eingegangen werden.

2) RGZ 68, 431 (434); 151, 349 (354); BGH in NJW 56, 1107; BGHZ 29, 46 (49); 29, 176 (181).
Gegen den ausdrücklichen Willen des Berechtigten darf der Arzt allerdings auch hier nicht handeln (RGZ 151, 355).

3) Bauer, S. 373: "Für die Krebsbekämpfung gilt der Satz: Zeit ist alles ... Wer beim Krebs mit Zeit spielt, spielt mit dem Leben und verliert nur zu oft alles, nämlich das Leben. Jeder verlorene Tag ist verlorene Heilungsaussicht. Verlorene Zeit ist unwiederbringlich. Eine Verschleppung "sehenden Auges" ist ärztlich nicht verantwortbar".

4) Der Entwurf eines StGB 1962 sieht für § 162 (eigenmächtige Heil-

werden aber verschiedene Ansichten vorgetragen. Häufig wird in diesen Fällen von der Annahme ausgegangen, daß der Einwilligungsberechtigte, wenn er gefragt werden könnte, seine Einwilligung nicht versagen würde. Als Rechtfertigungsgrund wird daher von einigen Autoren und Gerichten die "mutmaßliche Einwilligung" des Berechtigten angesehen [1]. Nach anderer Auffassung soll die Rechtswidrigkeit durch eine Anwendung der Vorschriften über die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeschlossen werden [2]. Man wird hier aber höchstens eine entsprechende Anwendung der §§ 677 ff. BGB annehmen können, da der Geschäftsherr einen Arzt gerufen hätte, hier aber der Geschäftsführer selbst operiert [3]. Lehmann [4] weist darauf hin, daß das Gesetz zwischen der Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 678 BGB) und deren Ausführung (§ 677 BGB) unterscheidet. Die Übernahme der Operation sei noch kein Eingriff in fremde Rechte. "Sie werde dem Eingriff regelmäßig vorausgehen und verpflichte nur zum Schadensersatz wegen Verschuldens bei der Übernahme. Sei die Geschäftsführung einmal übernommen, so müsse das Geschäft so geführt werden, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordere. Handlungen, die sich innerhalb dieser Grenzen hielten, könnten nicht widerrechtlich sein."

---

behandlung) folgenden Abs. 2 vor: "Die Tat ist nicht nach Abs. 1 strafbar, wenn die Einwilligung nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper od. Gesundheit brächte, und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er die Einwilligung versagen würde".

1) Siber, § 76 I 1c (S. 452); Manigk, Das rechtswirks. Verhalten, S. 510; RGRK § 823 Anm. 39; Soergel-Ballerstedt, § 276 Anm. 37; Siebert-Schräder, § 823 RdNr. 82; Larenz, Schuldrecht II, § 66 I e 2 (S. 379); Esser, § 202 I (S. 843); OLG Stuttgart, VersRecht 1957, 470.

2) Zitelmann, S. 112; Fischer, S. 281; v. Tuhr, AT III, § 88 IV (S. 470); Planck, § 823 Anm. II 3 d; Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, § 231 III 4.

3) Zitelmann, S. 112; für analoge Anwendung auch Larenz, Schuldrecht II § 66 I e 2 (S. 379); a.M. Palandt - Gramm, der bei weiter Auslegung des Begriffs "Geschäft" i.S.v. § 677 auch die tatsächlichen Handlungen "an" dem Kranken dazu rechnen will.

4) Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, § 231 III 4, (S. 932).

Neuerdings wird die Tat des Arztes häufig aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands für gerechtfertigt angesehen [1]. Dieser Meinung ist zu folgen. Für den Arzt liegt bei Gefahr im Verzuge ein Fall der Pflichtenkollision vor. Er hat zu entscheiden, ob er zur Rettung von Gesundheit oder Leben des Patienten den Eingriff vornehmen oder ob er ihn unterlassen soll, da ihm der Wille des Berechtigten nicht bekannt ist. Mit einer mutmaßlichen Einwilligung [2] des Patienten kann sein Eingriff nicht in allen Fällen gerechtfertigt werden. So ist es z. B. fraglich, ob man eine mutmaßliche Einwilligung auch dann annehmen kann, wenn ein gesunder Mensch, der dem Arzt gegenüber wiederholt geäußert hat, er werde sich nie operieren lassen, bei einem Verkehrsunfall das Bewußtsein verliert und ein lebensrettender Eingriff erforderlich ist.

---

1) Geerds, Diss., S. 94; Süß, S. 422.
Schmidt in Ponsold, S. 35, stellt auf "die dem übergesetzlichen Notstand zugrunde liegende sog. Zwecktheorie" ab. Das Verhalten des Arztes dürfe "wegen billigenswerter Richtigkeit des Zwecks und der rechtlich-sittlich ebenso gegebenen Angemessenheit des Mittels unter dem Gesichtspunkt gerechter sozialer Bewertung gutgeheißen werden".
Bockelmann, S. 949, nimmt an, die Hilfeleistungspflicht des Arztes gehe bei Gefahr im Verzuge der Aufklärungspflicht vor.
Ähnlich Steindorff, Therapiewoche, B 15, der die Handlung durch die Fürsorgepflicht des Arztes für gerechtfertigt ansieht.

2) Dem "mutmaßlichen Willen" des Patienten kommt allerdings Bedeutung zu, soweit der Arzt von ihm gemäß § 683 BGB i. V. m. § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen verlangt.

2. HAUPTTEIL

Der Einwilligungsberechtigte bei ärztlichen Eingriffen an einem Kinde

1. Kapitel

Die Einwilligung zu Heileingriffen[1] als Ausfluß des Sorgerechts für ein Kind

Der Arzt erfüllt mit jedem Eingriff auch dann zivil- und strafrechtlich den Tatbestand der Körperverletzung, wenn er den Eingriff an einem Kinde vornimmt. Auch jedes Kind hat ein Recht auf körperliche Unversehrtheit. Irgendwelche Alterserfordernisse für das Recht auf körperl. Integrität, die im übrigen mit Art. 2 II 1 GG unvereinbar wären, finden sich weder im Zivil- noch im Srafrecht. Der Arzt bedarf daher zur Behandlung eines Kindes ebenso wie bei Maßnahmen an erwachsenen Patienten eines Rechtfertigungsgrundes . Während aber das Selbstbestimmungsrecht des volljährigen Kranken ergab, daß als alleiniger Rechtfertigungsgrund seine Einwilligung anerkannt werden konnte, bereitet die Frage des Rechtfertigungsgrundes bei Kindern u. U. Schwierigkeiten. Wie bereits ausgeführt wurde, setzt das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung voraus, daß der Einwilligende vom Arzt über Folgen und Gefahren des Eingriffs eingehend aufgeklärt wurde. Die Aufklärungspflicht des Arztes hat zum Ziel, daß sich der Einwilligungsberechtigte über die Tragweite des Eingriffs ein Bild machen kann. Sie hat deshalb "nur gegenüber einem Kranken Sinn, der fähig ist, Art, Zweck und Folgen der Behandlung zu beurteilen und in der Frage der Behandlung einen Willensentschluß zu fassen" [2]. Die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezüglich eines bestimmten Eingriffs kann nun aber bei einem Kinde in vielen Fällen nicht vorhanden sein. Man denke nur an ein drei- oder sechsjähriges Kind oder gar an ein Baby! Daß diese Kinder nicht als Einwilligungsberechtigte in Betracht kommen können, dürfte selbstverständlich sein. Eine weitere Frage ist, ob über die Einsichtsfähigkeit hinaus volle Geschäftsfähigkeit verlangt werden muß. In den folgenden Ausführungen sollen aber zunächst nur die

---

1) Die wichtigste Gruppe der ärztlichen Eingriffe stellen, wie bereits ausgeführt wurde, die Heilbehandlungen dar. Nur von ihnen soll vorläufig die Rede sein. Auf die übrigen Eingriffe wird erst in § 15 eingegangen.

2) BGHZ 29, 46 (51); vergl. auch BGHZ 29, 176 (180).

Fälle behandelt werden, in denen ein Kind die Tragweite des ärztlichen Eingriffs noch nicht beurteilen kann. Auf die Frage, ob ein einsichtsfähiger Minderjähriger selbst die Einwilligung erteilen kann, wird erst auf S. 88 ff. eingegangen.

Fehlt einem Kind die Einsichtsfähigkeit, so ist es nicht zulässig, nun die Entscheidung darüber, ob die Behandlung vorgenommen werden soll oder nicht, in die Hände des Arztes zu legen. Dem Arzt steht auch bei Kindern kein Behandlungsrecht zu [1]. Da nun aber eine für Gesundheit oder Leben des Kindes notwendige ärztliche Maßnahme nicht deshalb unterbleiben kann, weil das Kind mangels Verstandesreife noch nicht in der Lage ist, dem Arzt eine wirksame Einwilligung zu erteilen, muß einer anderen Person die Befugnis hierzu zustehen. Es ist unbestritten, daß in diesem Zusammenhang das Problem, ob zu Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter, zu denen die körperliche Unversehrtheit gehört, überhaupt ein anderer als der Träger dieses Rechtsguts eine Einwilligung erteilen kann [2], keine Rolle spielt [3]. Im Interesse der Gesundheit oder des Lebens des Kindes muß die Einwilligung von einem anderen erteilt werden können. Die Abgabe der Einwilligung stellt sich als Fürsorgemaßnahme für das hilfsbedürftige Kind dar. Wir stehen also vor dem Problem, wer berechtigt ist, diese Fürsorgemaßnahme für das kranke Kind vorzunehmen. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, wie das Gesetz der Tatsache Rechnung trägt, daß ein Kind noch nicht fähig ist, für sich selbst zu handeln, und wen es damit betraut hat, die Angelegenheiten des Kindes zu besorgen. Der Einwilligungsberechtigte kann nur zu den Personen gehören, denen von Gesetzes wegen das Wohl des Kindes anvertraut ist.

---

1) Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 108; vergl. auch RGSt 25, 375 (380 f.); 38, 34 (35); BGHZ 29, 46 (51 f.); BGHSt 12, 379 (382).

2) Das Problem wird im Strafrecht unter dem Stichwort "Stellvertretung im Willen" erörtert. Ob es sich dabei wirklich um eine Vertretungsmaßnahme handelt, wird noch zu prüfen sein.

3) Keßler, S. 104; Linckelmann, S. 81; Honig, S. 170; Bühring, S. 46; Traeger, S. 153; Alsen, S. 9; Gottmann, S. 20; Mezger, Lehrbuch, S. 211 (Fußnote 9), S. 244; Angerer, S. 164 (Fußnote 30); Maurach, AT, § 28 I 2b (S. 267); Lenckner, S. 459.

Die Entscheidung der Frage, wer im Einzelfall die Einwilligung für das Kind zu erteilen hat, bereitet unter Umständen Schwierigkeiten. Das Gesetz hat in einigen Fällen für die einzelnen Handlungen, die für ein Kind vorgenommen werden müssen, verschiedene Zuständigkeiten festgelegt. Hier ist es von Bedeutung, in wessen Zuständigkeitsbereich die Einwilligung fällt.

Für die verschiedenen Personen, die nach dem Gesetz zur Treffung von Maßnahmen für das Kind zuständig sind, soll in den folgenden Ausführungen der Oberbegriff "Sorgeberechtigter" verwendet werden. Hierunter soll also sowohl der gesetzliche Vertreter des Kindes wie der zur tatsächlichen Personensorge für das Kind Berechtigte [1] verstanden werden. Das BGB kennt hierfür keinen Oberbegriff.

§ 7

Die Sorgeberechtigten für ein Kind

Bei der Regelung der Frage, wer für ein Kind zu sorgen hat, unterscheidet das BGB zwischen ehelichen [2] und unehelichen [3] Kindern. Weitere Besonderheiten gelten, wenn sich ein Kind in Fürsorgeerziehung oder im Strafvollzug befindet.

I

Die Sorgeberechtigten bei ehelichen Kindern

Eheliche Kinder stehen im Regelfall, solange sie minderjährig sind, unter elterlicher Gewalt, § 1626 I BGB. Die Hauptelemente der elterlichen Gewalt, die in erster Linie eine Schutzgewalt darstellt [4], sind Fürsorgehandlungen für das Kind. Bei den Sorgemaßnahmen unterscheidet das Gesetz in § 1626 II zwischen der Sorge für die Person und der Sorge für das Vermögen des Kindes. Das Recht und die Pflicht zur Sorge für die persönlichen und die vermögensrechtlichen Angelegenheiten umfaßt auch die Vertretung des Kindes. Zur Verdeutlichung spricht man auch von einer

---

1) Vergl. S. 47 !

2) §§ 1626 ff. BGB.

3) § 1707 f. BGB.

4) Motive IV, S. 724; hierauf wird unten noch näher eingegangen.

"tatsächlichen" Sorge für die Person [1] und das Vermögen des Kindes im Gegensatz zur "rechtlichen" Sorge (Vertretung) [2]. Die Unterscheidung der einzelnen Fürsorgehandlungen ist von Bedeutung in den Fällen, in denen dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Sorge für das Kind nur in der einen oder anderen Beziehung zusteht. Es können die tatsächliche Personensorge und die gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten [3] und außerdem Personen- und Vermögenssorge, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, in verschiedenen Händen liegen.

Das BGB ging schon in seiner ursprünglichen Fassung vom 18.8.1896 davon aus, daß das eheliche Kind unter der elterlichen Gewalt von Vater und Mutter stünde [4]. Die elterliche Gewalt in allen ihren Bestandteilen hatte jedoch nur der Vater inne [5]. Die Mutter hatte neben dem Vater lediglich das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Zur Vertretung des Kindes war sie nicht berechtigt [6]. Da die Zurücksetzung der Mutter hinter dem Vater mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung, Art. 3 II GG, unvereinbar ist, wurde in der Praxis seit dem 1.4.1953, an dem gemäß Art. 117 GG dem Art. 3 GG entgegenstehendes Recht außer Kraft treten sollte, die elterliche Gewalt als ein für Vater und Mutter gleiches und grundsätzlich gemeinsam auszuübendes Recht aufgefaßt. Auch die Vertretung des Kindes war von den Eltern gemeinsam vorzunehmen. Das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 sah ebenfalls eine gemeinsame elterliche Gewalt von Vater und Mutter vor, § 1626 I BGB. Die gesetzliche Vertretung des Kindes sollte jedoch dem Vater allein zustehen, § 1629 I BGB. Im übrigen sollte bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern dem Vater das Entscheidungsrecht zustehen, § 1628 BGB. Das Bundesverfassungsgericht stellte mit Urteil vom 29.7.59 [7]

---

1) Vergl. § 1679 Abs. 1 Satz 4 BGB!
2) Planck, § 1627 Anm. 2; Staudinger - Engelmann, Vorbem. III vor § 1631; Morweiser, S. 44.
3) Verschiedene Zuständigkeiten für rechtliche und tatsächliche Vermögenssorge sieht das Gesetz nicht vor. Sie können jedoch heute in der Praxis vorkommen, wenn etwa das Vormundschaftsgericht der unehelichen Mutter die Vermögenssorge gemäß § 1707 II 2 BGB nur teilweise überträgt.
4) § 1626 a. F.
5) §§ 1627, 1630 a. F.
6) § 1634 a. F.
7) BVerfGE 10, 59 ff.

die Nichtigkeit der §§ 1628, 1629 Abs. 1 BGB i.d.F.d.G1BerG wegen Verstoßes gegen Art. 3 II GG fest [1]. Es gilt daher wieder der Rechtszustand, den die Praxis schon in der Zeit vom 1.4.1953 bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes angenommen hatte [2]. Vater und Mutter steht die elterliche Gewalt in allen ihren Teilen gemeinsam zu [3]. Sie haben alle Sorgehandlungen für das Kind gemeinsam vorzunehmen [4].

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, sondern wird von einigen Ausnahmen durchbrochen. Es gibt Fälle, in denen ein Elternteil allein oder neben einem Dritten für das Kind zu sorgen hat. Außerdem kann in bestimmten Fällen die gesamte Sorge für das Kind einem Dritten allein zustehen. Häufig spielt hier die "Spaltung der elterlichen Gewalt" [5] in tatsächliche Personen- und Vermögenssorge und gesetzliche Vertretung eine Rolle.

1) Ausnahmen während bestehender Ehe der Eltern

a) Ist ein Elternteil an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert, so hat nach § 1678 BGB der andere Teil die elterliche Gewalt allein auszuüben. Wann eine tatsächliche Verhinderung eines Elternteils vorliegt, richtet sich nach dem Einzelfall. So kann unter Umständen, wenn sich der Vater im Ausland aufhält, seine Einwilligung zu einer Operation des Kindes schriftlich oder telefonisch eingeholt werden. Diese Möglichkeit würde z.B. nicht gegeben sein, wenn sich der Vater

---

1) Dieser Urteilsspruch wurde vom Bundesjustizminister veröffentlicht und hat Gesetzeskraft (BGBl 1959 I 633).
Bosch (FamRZ 59, 412) bezweifelt die Gesetzeskraft bezüglich § 1628, da die Entscheidung des BVerfGs auf Grund von Verfassungsbeschwerden ergangen sei und in diesem Verfahren erlassene Urteile in § 31 II BVerfGG nicht aufgeführt seien. Mit Lange (NJW 61, 1889) muß man aber zum mindesten aus dem engen Zusammenhang des § 1628 mit § 1629 I auch die Gesetzeskraft des Urteils für § 1628 annehmen.

2) Lehmann, Familienrecht, § 25 II 3 (S. 164); Lange, NJW 61, 1889; Beitzke, Familienrecht, § 26 I 3 (S. 149).

3) Vergl. hierzu Gernhuber, S. 95 f.

4) Auf die Besonderheit, die bei der Ausübung der tatsächl. Personensorge gilt, wird unten in § 11 eingegangen.

5) Guggumos, S. 161.

etwa auf einer Forschungsreise im Urwald befindet. Eine Verhinderung wird in der Literatur häufig angenommen wenn sich ein Elternteil in Strafhaft befindet [1]. Es ist jedoch nicht gesagt, daß die Ausübung der elterlichen Gewalt durch Strafhaft schlechthin ausgeschlossen ist. Es sind viele Fälle denkbar, in denen die Entscheidung in wichtigen Fragen für das Wohl des Kindes auch vom Gefängnis aus abgegeben werden kann. In der Regel wird es darauf ankommen, ob die für das Kind vorzunehmende Maßnahme eilbedürftig ist und ob die Entscheidung des abwesenden Elternteils abgewartet werden kann oder nicht.

Bei längerer, tatsächlicher Verhinderung eines Elternteils hat das Vormundschaftsgericht gemäß § 1674 BGB das Ruhen seiner elterlichen Gewalt festzustellen. In diesen Fällen wird aus der tatsächlichen Verhinderung auch eine rechtliche Verhinderung.

Ruht die elterliche Gewalt eines Elternteils, so hat gemäß § 1678 BGB ebenfalls der andere Elternteil die elterliche Gewalt allein auszuüben. Dies gilt uneingeschränkt, wenn die elterliche Gewalt eines Elternteils ruht, weil er geschäftsunfähig ist, § 1673 I BGB, oder weil das Vormundschaftsgericht bei langer tatsächlicher Verhinderung das Ruhen seiner elterlichen Gewalt festgestellt hat, § 1674 BGB. Ruht dagegen seine elterliche Gewalt, weil er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder gemäß § 1910 BGB einen Pfleger für seine Person oder sein Vermögen erhalten hat, steht ihm die tatsächliche Personensorge neben dem anderen Teil zu. Bei Meinungsverschiedenheiten geht aber die Meinung des anderen vor, § 1673 BGB. Sind beide Eltern an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert, hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, § 1693 BGB. Es hat insbesondere einen Pfleger zu bestellen, § 1909 BGB. Ruht die elterliche Gewalt beider Eltern, so erhält das Kind einen Vormund, § 1773 BGB. Der Vormund hat für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen und das Kind zu vertreten, § 1793 BGB. In der Geschäftsfähigkeit beschränkten Eltern steht aber die tatsächliche Sorge neben dem Vormund zu. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit, geht ihre Meinung der Meinung des Vormunds vor, § 1673 Abs. 2 a.E. BGB.

---

1) Vergl. Palandt - Lauterbach, § 1674 Anm. 1;
Beitzke, Familienrecht, § 26 IV 1 (S. 153)!

b) Hat ein Elternteil wegen einer an dem Kinde verübten Straftat die elterliche Gewalt verwirkt, so hat das Vormundschaftsgericht, soweit es mit den Interessen des Kindes vereinbar ist, anzuordnen, daß die elterliche Gewalt oder die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes dem anderen Teil allein zusteht, § 1679 BGB. Ist es mit dem Wohl des Kindes unvereinbar, daß dem anderen Teil die elterliche Gewalt oder die Personen- oder die Vermögenssorge belassen wird, hat das Vormundschaftsgericht einen Vormund oder einen Pfleger zu bestellen. Neben dem Vormund oder Pfleger behält der andere Teil zwar die tatsächliche Personensorge, bei Meinungsverschiedenheiten geht aber die Meinung des Vormunds oder Pflegers vor.

Die Regelung des § 1679 BGB gilt entsprechend, wenn einem Elternteil die Personen- oder Vermögenssorge gemäß §§ 1666, 1667 BGB entzogen wird, § 1680 BGB.

c) Leben die Eltern getrennt [1], so gilt § 1671 Abs. 1 - 4 BGB, der die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe der Eltern regelt, entsprechend. Das Vormundschaftsgericht entscheidet hier allerdings nur auf Antrag, § 1672 BGB. Auf § 1671 BGB soll erst unten bei der elterlichen Gewalt geschiedener Ehegatten eingegangen werden.

2) Elterliche Gewalt nach Beendigung der Ehe

a) Nach dem Tode eines Elternteils steht die elterliche Gewalt dem anderen Teil allein zu, § 1681 BGB. Ruht die elterliche Gewalt des anderen Teils, so hat das Vormundschaftsgericht einen Vormund für das Kind zu bestellen. Ist die überlebende Mutter noch minderjährig, so geht in der tatsächlichen Personensorge ihre Meinung der Meinung des Vormunds vor, § 1673 BGB.

Sind beide Eltern gestorben, so erhält das Kind einen Vormund, § 1773 BGB. Dem Vormund steht die tatsächliche und rechtliche Personen- und Vermögenssorge für das Mündel zu, § 1793 BGB.

b) Nach Scheidung der Ehe der Eltern entscheidet das Vormundschaftsgericht darüber, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über das Kind zustehen soll, § 1671 I BGB. Es soll hierbei möglichst einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern entsprechen, § 1671 II BGB.

---

1) Auf ein Recht zum Getrenntleben kommt es nicht an (Schwoerer, S. 443).

Gemäß § 1671 IV BGB soll die elterliche Gewalt in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es aber das Wohl des Kindes, so kann ein Elternteil die Sorge für die Person, der andere die Sorge für das Vermögen des Kindes erhalten, § 1671 IV 2 BGB. In diesen Fällen wird die Frage bedeutsam, ob eine Angelegenheit zur Personensorge oder zur Vermögenssorge gehört. Nach geltendem Recht kann die Personen- und Vermögenssorge nach Scheidung der Ehe aber nur noch mit der dazugehörigen Vertretung zwischen den Eltern verteilt werden. Eine Aufspaltung zwischen tatsächlicher Sorge und gesetzlicher Vertretung ist nicht möglich[1]. Ebenso ist eine Aufspaltung der Personensorge nach Teilgebieten nicht zulässig. Der Meinung von Schwoerer [2], der Vormundschaftsrichter könne eine solche Regelung, wenn sie von den Eltern gemeinsam vorgeschlagen werde, treffen, kann nicht gefolgt werden [3]. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß das Gesetz eine weitergehende Spaltung der elterlichen Gewalt als in Personen- und Vermögenssorge nach Scheidung der Ehe zulassen wollte. Es ist vielmehr anzunehmen, daß die Schwierigkeiten, die sich, wie die späteren Ausführungen noch zeigen werden, ergeben, wenn die tatsächliche Sorge und die gesetzliche Vertretung in verschiedenen Händen liegen, gerade vermieden werden sollten [4].

c) § 1671 BGB ist entsprechend anzuwenden, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist, § 1671 VI BGB.

3) Eine Besonderheit gilt noch, wenn eine minderjährige Tochter heiratet. Hier verlieren die Eltern das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Personensorge für sie, § 1633 BGB. Auf die Folgen, die sich hieraus ergeben können, wird unten auf S. 98 eingegangen.

---

1) Palandt - Lauterbach, § 1671 Anm. 1 u. 2; Lenckner, S. 459.

2) Schwoerer, S. 434.

3) Gegen Schwoerers Ansicht, die geschiedenen Ehegatten könnten eine andere als die gesetzlich vorgesehene Regelung vereinbaren, auch LG Tübingen, FamRZ 60, 121, und OLG Stuttgart, FamRZ 60, 365. Hier hatten die geschiedenen Eltern beantragt, ihnen gemeinsam die elterliche Gewalt zu übertragen. Der Sachverhalt ist zwar nicht der gleiche wie in dem hier interessierenden Fall. Die Rechtsfrage ist aber ähnlich.

4) Nissen, S. 41, weist darauf hin, daß die Trennung von tatsächlicher Personensorge und gesetzlicher Vertretung, die z.B. § 1635 a.F. BGB vorsah, in der Praxis zu einer Quelle nachehelicher Streitigkeiten und Unzuträglichkeiten führte.

II

Die Sorgeberechtigten bei unehelichen Kindern

Im Gegensatz zu den ehelichen Kindern stehen uneheliche Kinder nicht unter elterlicher Gewalt. Da aber auch für die unehelichen Kinder die gleichen Sorgehandlungen wie für eheliche Kinder erforderlich sind, hat das Gesetz für sie eine entsprechende Regelung getroffen. Dies ergibt sich aus § 1707 i.V. mit §§ 1773, 1793 BGB. Es wird auch hier zwischen Personen- und Vermögenssorge und tatsächlicher und rechtlicher Personensorge (gesetzlicher Vertretung) unterschieden. Wenn es aber bei ehelichen Kindern ein Ausnahmefall war, daß die einzelnen Arten der Fürsorgehandlungen nicht der gleichen Person zustanden, so ist dies bei unehelichen Kindern die Regel. Daraus ergibt sich, daß es bei unehelichen Kindern eine erhebliche Rolle spielt, in welchen Zuständigkeitsbereich eine Maßnahme fällt. Bei unehelichen Kindern, die unter Vormundschaft stehen, sind die Zuständigkeiten zur Vornahme der einzelnen Sorgemaßnahmen zwischen der Mutter und dem Vormund [1] verteilt. Der Mutter steht nur das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Personensorge für das Kind zu, § 1707 I BGB. Die gesetzliche Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten und die gesamte Vermögenssorge obliegen dagegen dem Vormund, § 1707 BGB i.V. mit § 1793 BGB. Außerdem hat er die Stellung eines Beistandes auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge. - Nach dem Tode der Mutter steht dem Vormund auch die tatsächliche Personensorge zu. Das gleiche gilt, wenn ihr das Personensorgerecht entzogen worden ist [2].

Bis zum Inkrafttreten des Familienrechtsänderungsgesetzes vom 11.8.61 konnte die Mutter Vertretungsrecht und Vermögenssorge, wenn sie zum Einzelvormund über ihr Kind bestellt wurde, und die elterliche Gewalt nur durch Adoption ihres Kindes [3] erlangen. Seit dem 1. Januar 1962 kann das Vormundschaftsgericht der volljährigen Mutter auf Antrag die elterliche

---

1) Vormund wird mit Geburt des Kindes kraft Gesetzes das Jugendamt des Geburtsorts, § 40 JWG (sog. Amtsvormundschaft). Soweit es dem Wohl des Kindes entspricht, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag einen Einzelvormund bestellen, § 45 JWG.

2) Vergl. § 13 der Arbeit! Auf das Personensorgerecht des Vormunds bei Verhinderung der Mutter wird in § 10 eingegangen.

3) Beitzke, Familienrecht, § 32 II 1 (S. 175).

Gewalt übertragen, § 1707 Abs. 2 BGB [1]. Einzelne Angelegenheiten (z.B. die Vermögenssorge) können von der Übertragung ausgenommen werden. Falls in Zukunft vielen Mütten die volle elterliche Gewalt übertragen werden sollte, verliert die Unterscheidung zwischen rechtlicher und tatsächlicher Personensorge und außerdem zwischen Personen- und Vermögenssorge im Unehelichenrecht an Bedeutung. Sie spielt dann nur noch eine Rolle in den Fällen, in denen den Müttern nicht die elterliche Gewalt übertragen worden ist.

---

1) Es ist verschiedentlich die Unvereinbarkeit der §§ 1707 a.F. BGB, 35 a.F. JWG mit den Art. 3 und 6 GG geltend gemacht worden. Hildegard Krüger, Die Rechtsstellung des ue. Kindes, S. 27 ff., vertritt die Ansicht, Art. 6 II GG, der von dem "natürlichen Recht der Eltern" zur Erziehung und Pflege der Kinder spreche, beziehe sich nicht nur auf die ehelichen Eltern, sondern auch auf die uneheliche Mutter. Außerdem verlange Art. 3 GG eine Gleichbehandlung von unehelicher und ehelicher Mutter. Als "Wacht" der staatlichen Gemeinschaft hält sie allerdings eine Herausnahme des Unterhalts- und Statuskomplexes aus der elterlichen Gewalt der unehelichen Mutter für zulässig.
Die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 1707 BGB sind durch das FamRÄndG vom 11.8.1961 nicht gegenstandslos geworden. Auch nach der neuen Regelung soll der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt nicht als natürliches Recht zustehen, sondern sie kann ihr nur durch staatlichen Hoheitsakt übertragen werden.
Ob das Bundesverfassungsgericht, das die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 1707 a.F. BGB abgelehnt hat, da es sich um vorkonstitutionelles Recht handelte (BVerfGE 10, 129 ff.), Gelegenheit erhält, zu der Neuregelung Stellung zu nehmen, bleibt abzuwarten. Auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit soll hier im übrigen nicht näher eingegangen werden. Wie unten gezeigt wird, spielt sie bei der Einwilligung nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht keine Rolle.

III

Die Sorgeberechtigten bei Fürsorgezöglingen und jugendlichen Strafgefangenen

Neben der Unterscheidung von tatsächlicher Personen- und Vermögenssorge und gesetzlicher Vertretung ist es für die Frage, wer im Einzelfall eine Handlung für ein Kind vorzunehmen hat, von Bedeutung, daß das Recht und die Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes verschiedene Aufgaben umfaßt [1]. Auch hier ist es möglich, daß die Wahrnehmung der einzelnen Sorgemaßnahmen nicht den gleichen Personen zusteht. Es ist hier vor allem an die Fälle der Fürsorgeerziehung und des Strafvollzugs an Kindern zu denken. Befindet sich ein Kind in Fürsorgeerziehung, so geht die tatsächliche Personensorge, soweit es der Zweck der Fürsorgeerziehung erfordert, ex lege auf die Fürsorgeerziehungsbehörde über. Die Fürsorgeerziehungsbehörde [2] erlangt vor allem das Erziehungs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind [3].

Bei Strafvollzug an Minderjährigen erlangt die Strafvollzugsbehörde die tatsächliche Personensorge, soweit es der Zweck des Strafvollzugs verlangt [4].

§ 8

Die Bedeutung von Personen- und Vermögenssorge für die Einwilligungsberechtigung

Aus den im vorangegangenen Paragraphen dargestellten Zuständigkeiten zur Vornahme der einzelnen Sorgehandlungen für das Kind ergibt sich, daß es in vielen Fällen von Bedeutung ist, ob die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen zu den Akten der tatsächlichen Personen- oder Vermögenssorge

---

1) Vergl. z.B. § 1631 BGB!
2) Sie wurde gemäß § 70 a.F. JWG vom Landesgesetzgeber bestimmt. Ab 1.7.1962 wird die Fürsorgeerziehung vom Landesjugendamt unter Beteiligung des Jugendamts ausgeführt, § 69 n.F. JWG.
3) Die gesetzliche Vertretung steht der FEB nur für die in § 69 IV n.F. JWG genannten Rechtsgeschäfte, die sich auf Lehr- und Dienstverträge des Zöglings beziehen, zu.
4) Vergl. § 12 der Arbeit!

oder zu denen der gesetzlichen Vertretung gehört. Die Frage spielt nur dann keine Rolle, wenn alle Fürsorgemaßnahmen für das Kind in einer Hand liegen. Hat ein Elternteil die elterliche Gewalt allein auszuüben [1], ist sie der unehelichen Mutter gemäß § 1707 II BGB übertragen worden oder fallen alle Sorgehandlungen in den Zuständigkeitsbereich eines Vormunds, kommen auch nur die betreffenden Personen zur Erteilung der Einwilligung zu einem Heileingriff an dem Kinde in Betracht. Diese Fälle können daher in den folgenden Untersuchungen ausscheiden.

I

Personensorge und Einwilligungsberechtigung

Zur Sorge für die Person eines Kindes gehören vor allem alle Angelegenheiten, die das körperliche Wohl und Gedeihen des Kindes betreffen [2]. Eine Angelegenheit, von der die Person des Kindes unmittelbarer berührt wird als von einem Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit, ist kaum denkbar. Es ist daher auch unbestritten, daß der ärztliche Eingriff in den persönlichen Bereich des Kindes fällt [3]. Für die Erteilung der Einwilligung zu dem ärztlichen Eingriff ist deshalb derjenige zuständig, der für die Person des Kindes zu sorgen hat. Ob dies der zur tatsächlichen Personensorge Berechtigte oder der gesetzliche Vertreter in persönlichen Angelegenheiten ist, wird noch zu prüfen sein.

II

Vermögenssorge und Einwilligungsberechtigung

Es ist weiter zu erwägen, ob im Einzelfall neben der Einwilligung des Personensorgeberechtigten auch noch die des Vermögenssorgeberechtigten erforderlich ist.

---

1) Auf die Schwierigkeiten, die sich bei gemeinsamer Ausübung durch beide Eltern ergeben können, wird in § 11 eingegangen.

2) Opet, Verwandtschaftsrecht, S. 183; Crome, § 607 (S. 496); Guggumos, S. 161; Beitzke, Familienrecht, § 27 I (S. 154).

3) OLG München, JFG 16, 205 (206); Kuhnke, S. 527; Warneyer, § 1631 Anm. I; Palandt - Lauterbach, § 1626 Anm. 4b; Lehmann, Familienrecht, § 26 I (S. 168).

Unter Vermögenssorge fallen alle geldlich - wirtschaftlichen Angelegenheiten des Kindes [1]. Hierzu gehören alle Maßnahmen der Erhaltung, Verwertung und Vermehrung des Kindesvermögens [2]. Es kommen sowohl Verpflichtungs- wie Verfügungsgeschäfte in Betracht.

Keine Rolle spielen in diesem Zusammenhang die Kosten für einen ärztlichen Eingriff, auch wenn sie etwa aus dem Kindesvermögen bestritten werden sollen. Der Honoraranspruch des Arztes beruht auf dem mit ihm abgeschlossenen Behandlungsvertrag [3]. Auf den Vertrag mit dem Arzt soll hier jedoch nicht eingegangen werden. Die Frage, wer die Einwilligung zu der Operation zu erteilen hat, ist scharf von der weiteren Frage, wer den Vertrag mit dem Arzt abzuschließen hat, zu unterscheiden [4]. Abwegig ist die Ansicht, die Einwilligung stelle selbst einen Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Arzt dar, durch den - auch für den Fall des Mißlingens einer kunstgerecht ausgeführten Operation - Schadensersatzansprüche gegen den Arzt ausgeschlossen würden. Diese Ansicht, die in der Literatur allerdings im Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsnatur der Einwilligung vertreten wird, würde folgerichtig dazu führen, in der Einwilligung eine Angelegenheit, die das Vermögen des Kindes betreffen könnte, zu sehen. Eine künftige Haftung des Arztes kann im voraus jedoch allenfalls dann erlassen werden, wenn ihre Entstehung überhaupt möglich ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie bereits ausgeführt wurde, stellt die Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund dar. Da sie der Handlung des Arztes bereits die Widerrechtlichkeit nimmt, liegt in dem Eingriff keine unerlaubte Handlung i.S. der §§ 823 ff. BGB, so daß auch von Schadensersatzansprüchen gegen den Arzt keine Rede sein kann [5]. Die Einwilligung kann allerdings für den Fall, daß ein kunstgerecht ausgeführter Eingriff mißlingt, vermögensrechtliche Wirkungen haben. Hat eine Operation zum Beispiel die dauernde Arbeitsunfähigkeit des Kindes oder kostspielige Kuraufenthalte zur Folge, so hat das Kind keine Ansprüche gegen den Arzt. Die Vermögenswirkung ist hier aber nur eine mittelbare Folge der Einwilli-

---

1) Guggumos, S. 114.
2) Palandt - Lauterbach, § 1626 Anm. 4c; Lehmann, Familienrecht, § 26 II 1 (S. 170).
3) Vergl. S. 19 !
4) Unklar insoweit Dietz, S. 203.
5) Zitelmann, S. 53; Planck, § 823 Anm. II 3 c; Enneccerus - Nipperdey, AT, § 212 II 3 (S. 1315).

gung. Im übrigen wird es dem Sorgeberechtigten und dem Arzt, die in der Regel von einem Gelingen der Operation ausgehen, nur selten bewußt sein, daß dem Kind infolge der Einwilligung kein Schadensersatzanspruch gegen den Arzt zusteht.

Weiter kann, wenn ein Vertrag mit dem Arzt aus irgendeinem Grunde nicht zustande gekommen sein sollte, die Einwilligung die Folge haben, daß der Arzt eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag für das Kind vornimmt. Das kann vor allem bei unehelichen Kindern eine Rolle spielen, bei denen, wie zu zeigen sein wird, die Mutter die Einwilligung zu erteilen, der Vormund aber den Vertrag im Namen der Kinder abzuschliessen hat, sofern nicht die Mutter im eigenen Namen handelt (s. unten S. 66 !). Der Arzt kann hier gemäß § 683 i.V.m. § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen von dem Kind verlangen [1]. Die Ansprüche des Arztes auf Ersatz seiner Aufwendungen bei berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag sind aber ebenso wie die Nichtentstehung des Schadensersatzanspruches nur eine mittelbare Wirkung der Einwilligung.

Daraus, daß die Einwilligung u.U. auch mittelbare vermögensrechtliche Wirkungen für das Kind haben kann, darf jedoch nicht geschlossen werden, daß zu ihrer Erteilung auch der Vermögenssorgeberechtigte neben dem Personensorgeberechtigten zuständig ist. Eine Fürsorgemaßnahme für das Kind, die dem Gebiet der Personensorge angehört, wird nicht dadurch, daß sie u.U. mittelbare vermögensrechtliche Wirkungen haben kann, auch zu einer vermögensrechtlichen Angelegenheit [2]. Da fast jeder Akt der Personensorge sich auch auf vermögensrechtlichem Gebiet auswirken kann und umgekehrt jede vermögensrechtliche Handlung der Personensorge zum

---

1) Vergl. RG in JW 1913, 1147; RGRK, Vorbem. 54 vor § 611. Das gleiche Problem wird in der Literatur bei 2 parallel liegenden Fällen behandelt: So wird z.B. ein Anspruch des Arztes aus GoA. gegen eine Ehefrau bejaht, wenn sie zwar die Einwilligung erteilt hat, ihr Mann aber den Vertrag mit dem Arzt im eigenen Namen geschlossen hat (Beitzke, MDR 1951, 262 f.). Weiter spielt die Frage eine Rolle, wenn man, worauf in § 14 der Arbeit eingegangen wird, den einsichtsfähigen Minderjährigen zur Erteilung der Einwilligung für zuständig hält (vergl. Boehmer, MDR 1959, S. 706 (II 2 a) !).

2) Guggumos, S. 163, mit gleicher Begründung für die Einwilligung zur Eheschließung.

mindesten mittelbar dient [1], wäre anderenfalls die Trennung von Personen- und Vermögenssorge, die das Gesetz vornimmt, sinnlos. Es wäre immer ein Zusammenwirken von Personen- und Vermögenssorgeberechtigten erforderlich. Daß dies nicht das Ziel des Gesetzes in den Fällen sein kann, in denen es für Personen- und Vermögenssorge verschiedene Zuständigkeiten festlegt, ist einleuchtend. Vielfach müßte in diesen Fällen eine Handlung für das Kind, wenn sich die Sorgeberechtigten nicht einigen können (man denke z.B. an geschiedene Eltern, § 1671 IV 2 BGB!), unterbleiben oder das Vormundschaftsgericht müßte eingreifen. Es kann deshalb immer nur die Zuständigkeit desjenigen gegeben sein, in dessen Sorgegebiet die betreffende Maßnahme fällt. Darüber hinaus kommt eine Mitwirkung des Sorgeberechtigten, dessen Gebiet nur mittelbar betroffen ist, nicht in Betracht.

Genügt für die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Kindes demnach die Einwilligung des Personensorgeberechtigten, hat bei Kindern aus geschiedenen oder nichtigen Ehen immer nur der Inhaber der Personensorge die Einwilligung zu erteilen. Das gleiche gilt, wenn die Eltern getrennt leben. Hat das Vormundschaftsgericht ausnahmsweise einmal gemäß § 1679 BGB angeordnet, daß dem Elternteil, der die elterliche Gewalt nicht verwirkt hat, nur die Personensorge zustehen soll, so hat dieser allein die Einwilligung zu geben. Ist der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt ohne die Vermögenssorge gemäß § 1707 II BGB übertragen worden, kommt nur sie für die Erteilung der Einwilligung in Betracht.

---

1) Opet - v. Blume, § 1627 Anm. 3.

2. Kapitel

Die Bedeutung von tatsächlicher und rechtlicher Personensorge für die Einwilligungsberechtigung

Da das BGB, wie dargelegt wurde, für die tatsächliche Personensorge und die gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten in einigen Fällen verschiedene Zuständigkeiten festgelegt hat, ist es von Bedeutung, ob die Einwilligung einen Akt der tatsächlichen oder rechtlichen Personensorge darstellt. Die Frage ist im BGB nicht geregelt. Es finden sich lediglich Ansätze zu einer gesetzlichen Festlegung der Zuständigkeit in einzelnen Sonderbestimmungen.

So haben nach den §§ 12, 14 des Impfgesetzes vom 8.4.1874 auch die Pflegeeltern für die Impfung des Kindes zu sorgen. Es wird daher hier die Zuständigkeit des Inhabers der tatsächlichen Personensorge angenommen[1]. Hierbei ist aber zu beachten, daß es sich bei der Pockenimpfung um eine gesetzliche Zwangsimpfung handelt. Eine Einwilligung zur Rechtfertigung der Handlung des Arztes ist daher nicht erforderlich. Aufgabe des Sorgeberechtigten wird es aber etwa sein, Gründe, die gegen eine Impfung des Kindes sprechen (z.B. Krankheit), vorzubringen.

Nach Art. 3 der 4. AV zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 18.7.1935 [2] lag die Erteilung der Einwilligung zur Unfruchtbarmachung oder Schwangerschaftsunterbrechung in den Händen des gesetzlichen Vertreters. Da aber die Maßnahmen nach dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses keineswegs nur zum Wohl des Betroffenen, sondern vor allem auch im öffentlichen Interesse vorgenommen wurden [3] und darüber hinaus das Gesetz heute keine Gültigkeit mehr besitzt, kann aus dieser Bestimmung keine allgemeine Zuständigkeitsregelung für die Erteilung der Einwilligung abgeleitet werden.

Neue gesetzliche Regelungen finden sich in dem Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten von 1953 [4] und dem Bundes-Seuchengesetz vom 18.7.1961 [5]. Nach § 3 GeschlG sind Eltern, Erziehungsbe-

---

1) Horion, S. 74; Planck, § 1627 Anm. 2; Dwenger, S. 61; Noelle - Boschan, § 9 Anm. 1 C c; Düster, S. 19; Ohland, S. 48; Palandt - Lauterbach, § 1626 Anm. 4a.

2) RGBl 1935 I S. 1035.

3) Engisch, ZStW 58, S. 42.

4) BGBl. I S. 700.

5) BGBl, I S. 1012.

rechtigte oder der gesetzliche Vertreter verpflichtet, für die ärztliche Behandlung ihrer Pflegebefohlenen zu sorgen. Hier ist also sowohl die Zuständigkeit des zur tatsächlichen Personensorge Berechtigten wie des gesetzlichen Vertreters gegeben. Da das GeschlG aber eine Behandlungspflicht aufstellt, ist hier wie bei den Impfungen nach dem Impfgesetz eine Einwilligung nicht erforderlich. Aufgabe der genannten Personen ist es daher lediglich, dafür Sorge zu tragen, daß das Kind in ärztliche Behandlung kommt.

Nach § 36 BSeuchenG können an einer Seuche erkrankte Personen u.a. einer Beobachtung unterworfen werden. Sie sind in diesem Fall verpflichtet, die erforderlichen Untersuchungen zu dulden und den ärztlichen Weisungen Folge zu leisten. Operative Eingriffe, Entnahme von Mageninhalt usw. dürfen nur mit ihrer Einwilligung vorgenommen werden, § 36 II 3 i.V. mit § 32 III BSeuchenG. Wenn die von den Maßnahmen nach § 36 BSeuchenG betroffenen Personen geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, hat gemäß § 34 II BSeuchenG derjenige "für die Erfüllung der diese Personen treffenden Verpflichtungen zu sorgen, dem die Sorge für die Person zusteht". Aus dieser Bestimmung wird man schließen können, daß der Gesetzgeber den zur tatsächlichen Personensorge Berechtigten auch für die Erteilung der Einwilligung für zuständig erklären wollte [1]. Es besteht zwar zur Erteilung der Einwilligung keine "Verpflichtung", wie sich aus § 32 III BSeuchenG ergibt. Wenn der Gesetzgeber aber für die Sorge für "freiwillige Mitwirkung" des Betroffenen eine andere Zuständigkeit hätte festlegen wollen, so hätte dies m.E. im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck kommen müssen.

Der Entwurf eines StGB 1962 enthält in § 162 keine Regelung darüber, wer die Einwilligung zur Heilbehandlung zu erteilen hat. In der amtlichen Begründung [2] heißt es jedoch, daß es bei einwilligungsunfähigen Patienten auf die Erklärung des Personensorgeberechtigten (gemeint ist wohl der zur tatsächlichen Personensorge Berechtigte) oder Pflegers ankomme. Von einer gesetzlichen Festlegung aller Einzelfragen bei der Einwilligung sehe der Entwurf ab, da anderenfalls der Rahmen eines Strafgesetzbuches gesprengt würde.

---

1) Dies gilt mindestens für geschäftsunfähige Personen. Auf die einsichtsfähigen Minderjährigen wird in § 14 eingegangen.

2) E 1962 Amtl. Begründung, Vorbem. zum 4. Teil i. V. mit Anm. zu § 152.

Ergibt sich somit die Zuständigkeit zur Erteilung der Einwilligung nicht aus dem Gesetz, muß bei ihrer Bestimmung von einer allgemeinen Abgrenzung von tatsächlicher und rechtlicher Personensorge ausgegangen werden.

Eine Vertretungshandlung ist immer dann erforderlich, wenn die Rechtsstellung des Kindes oder seine rechtlichen Beziehungen zu Dritten berührt werden [1]. Das ist vor allem dann der Fall, wenn Rechtsgeschäfte im Namen des Kindes vorzunehmen sind oder zu Rechtsgeschäften, die das Kind vorgenommen hat, die Zustimmung gemäß den §§ 107 ff. BGB erteilt werden muß [2].

Im Gegensatz zu einer Vertretungshandlung berührt eine Maßnahme der tatsächlichen Personensorge in der Regel lediglich die tatsächliche Lage des Kindes [3]. Es gehören deshalb in erster Linie Handlungen hierher, die nur auf einen tatsächlichen und nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind.

Außer den Rechtsgeschäften und den rein tatsächlichen Akten gibt es aber auch noch die sog. Rechtshandlungen. Welche Handlungen hierzu zu rechnen sind, wird unten auf S. 52 ausgeführt.

Aus der allgemeinen Abgrenzung von tatsächlicher Personensorge und gesetzlicher Vertretung ergibt sich, daß sich die Zuständigkeit zur Vornahme einer bestimmten Sorgehandlung häufig nach der juristischen Natur dieser Handlung richtet [4]. Stellt sich eine Maßnahme also als Rechtsgeschäft dar, so ist es unbestritten, daß sie vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden muß. Umgekehrt kommt bei rein tatsächlichen Akten nur die Zuständigkeit des Inhabers der tatsächlichen Personensorge in Betracht. Streitig ist dagegen, in wessen Zuständigkeitsbereich die Vornahme einer Rechtshandlung fällt. Hier bedarf es für jede Rechtshandlung

---

1) Opet - v. Blume, § 1627 Anm. 3 b; Breit, S. 889; Eck, S. 102; Gehring, S. 33; Hofmann, S. 33.

2) Opet, Verwandtschaftsrecht, S. 183; Spahn, S. 102; Opet - v. Blume, § 1630 Anm. 2; Staudinger - Engelmann, Vorbem. III vor § 1631; Lehmann, Familienrecht, § 26 I (S. 168).

3) Breit, S. 889; Hoffmann, S. 33.

4) Ohland, S. 50;
Nach der Ansicht von Gehring, S. 33, und Morweiser, S. 45, soll entscheidend sein, ob in concreto zur Vornahme einer Sorgehandl. eine Vertretung nötig ist.

einer eingehenden Prüfung, ob sie dem Aufgabenkreis des gesetzlichen Vertreters oder des Inhabers der tatsächlichen Personensorge zugerechnet werden soll. Die Gesichtspunkte, die für die Entscheidung dieser Frage maßgebend sind, werden unten auf den S. 58 ff. erörtert.

In der Literatur wird überwiegend versucht, die Frage, ob der zur tatsächlichen Personensorge Berechtigte oder der gesetzliche Vertreter die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff bei einem Kind erteilen muß, über die Rechtsnatur der Einwilligung zu lösen.

§ 9

Die Rechtsnatur der Einwilligung und die Einwilligungsberechtigung

Die Rechtsnatur der Einwilligung [1] ist seit jeher außerordentlich streitig. Die Einwilligung wird als Rechtsgeschäft oder als Rechtshandlung aufgefaßt, oder es wird die Meinung vertreten, sie könne zu keiner der anerkannten Formen der juristisch bedeutsamen Handlungen gerechnet werden. Im Zivilrecht war die Rechtsnatur der Einwilligung schon bei den Vorarbeiten zum BGB umstritten. Im ersten Entwurf zum BGB war folgende Bestimmung (§ 706) vorgesehen: "Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu". In den Motiven [2] wird dazu ausgeführt, die Einwilligung sei ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die 2. Kommission entschied sich für eine Streichung des § 706. Sie stellte u.a. fest, "jedenfalls treffe es nicht zu, wenn der Entwurf davon ausgehe, daß die Einwilligung immer den Charakter eines Rechtsgeschäfts habe; sie könne ganz verschieden zu charakterisieren sein" [3].

---

1) Da es für sie ohne Bedeutung ist, ob sie vom Verletzten selbst oder vom Sorgeberechtigten für das Kind erteilt wird, soll zunächst wie im 1. Hauptteil von der Einwilligung des volljährigen Patienten ausgegangen werden.

2) Motive II, S. 730, 753, 799.

3) Protokolle II, S. 578.

I

Die Rechtsgeschäftstheorie

In der Literatur und in der Rechtsprechung wurde früher im Anschluß an Zitelmanns grundlegende Abhandlung "Ausschluß der Widerrechtlichkeit"[1] überwiegend die Meinung vertreten, daß die Einwilligung ein Rechtsgeschäft darstelle[2]. Heute ist vor allem noch Nipperdey[3] dieser Ansicht.

Der Rechtsgeschäftstheorie kann jedoch nicht gefolgt werden. Als Rechtsgeschäft - in Frage käme höchstens eine einseitige Willenserklärung des Patienten[4] - müßte die Einwilligung nach h. M. auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein, d.h. auf die Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses[5]. Hierfür wäre erforderlich, daß der Mensch zu seinem Körper in einem Rechtsverhältnis stünde, daß er aufheben oder verändern könnte[6]. Dem Menschen müßten

---

1) Zitelmann, AcP 99, 51 ff.

2) Im Zivilrecht: Fischer, S. 271; v. Tuhr, AT II, § 59 IV (S. 343, Fußn. 57); ders., AT III, § 88 IV 4 (S. 467); Flad, Sp. 14; Oertmann, § 823 Anm. 7d; Lehmann, HdwRw II, S. 212; Thoma, S. 296; Bremer, S. 36; das RG in JW 1911, S. 748 (= Warn. 1911, Nr. 398) ließ die Frage offen; KG, JFG 13, 35 (= ZBIJR 1927, 172); KG in DJ 1937, 1765; OLG Darmstadt, Seuff A 62, Nr. 157; BGHZ 7, 198 (207); vergl. auch BGHZ 2, 159 (162): Handeln auf eigene Gefahr = Einwilligung in mögliche Verletzung.
Im Strafrecht: Frank, Vorbem. II 3 vor § 51, bis zur 15. Aufl., in der er die Rechtsgeschäftstheorie aufgibt; Baehr, S. 16.

3) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 151 II 1 3 (S. 933, Fußn. 11).

4) So Zitelmann, S. 51 ff.; Oertmann, § 823 Anm. 7 d; Bremer, S. 36. Abwegig ist die Ansicht des OLG Darmstadt, Seuffert's Archiv 62, Nr. 157, die Einwilligung stelle einen Vertrag dar. Daß in der Einwilligung kein Vertrag zwischen Arzt und Patient - in Frage käme nur die vertragliche Ausschließung der Haftung des Arztes - zu sehen ist, wurde bereits in § 8 ausgeführt.

5) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 145 I A 1 (S. 896).

6) Vergl. Keßler, S. 26; Honig, S. 164; Traeger, S. 146; Noll, S. 69; Lenckner, S. 455; BGHZ 29, 33 (36); RGRK, § 106 Anm. 6.

also an seinem Körper [1] Rechte wie an einer Sache zustehen, über die er verfügen könnte [2]. Zwischen dem Menschen als Persönlichkeit und dem menschlichen Körper müßte unterschieden werden. Dem Körper käme hierbei nur die Rolle eines her Herrschaftsgewalt des "Menschen als Persönlichkeit" unterworfenen Gegenstandes zu. Eine solche Betrachtungsweise, die wir in älteren Rechten vielfach antreffen [3], ist jedoch heute nicht mehr möglich. Wie die moderne Medizin und Psychologie gezeigt haben, sind Körper und Persönlichkeit des Menschen untrennbar miteinander verbunden. Der Körper ist die äußere Erscheinungsform des Menschen, die Ausdrucksform seiner Persönlichkeit. So hat Kretschmer in seinem berühmten Werk "Körperbau und Charakter" aufgezeigt, daß die Konstitutionsforschung ein wichtiges Teilstück der Psychiatrie und Psychologie darstellt. Schon aus dem Körperbau eines Menschen können Schlüsse auf seinen Charakter gezogen werden. Zwischen Körper und Seele bestehen im übrigen viele wechselseitige Beziehungen. So können Kummer und seelischer Schmerz auch zu einem körperlichen Verfall führen. Die Medizin kommt immer mehr zu der Erkenntnis, daß die Ursachen bei vielen Krankheiten auf psychischem Gebiet liegen. Freudige Stimmungen können dagegen auch eine erhöhte, körperliche Leistungsfähigkeit hervorrufen. Auf der anderen Seite sind körperliche Beeinträchtigungen geeignet, die Stimmung herabzudrücken und sogar zu Haß, Neid u.ä. gegenüber der Umwelt zu führen. Gesundheit und körperliche Kraft sind wiederum häufig mit einem "gesteigerten Lebensgefühl" verbunden [4].

Können demnach Persönlichkeit und Körper des Menschen nur einheitlich betrachtet werden, so kann der Körper auch nicht als Recht des Menschen aufgefaßt werden. Der Körper stellt vielmehr wie das Leben, die Gesundheit und die Freiheit ein sog. Rechtsgut [5] bzw. ein Lebensgut [6] oder ein Persönlichkeitsgut [7] des Menschen dar. Die Lebensgüter "genießen

---

1) Im Rahmen dieser Arbeit interessiert nur das Recht des Lebenden über seinen Körper, nicht aber das Recht, über den Leichnam Bestimmungen zu treffen.
2) Vergl. auch BGHZ 29, 33 (36)!
3) Vergl. die Beispiele bei Hubmann, S. 170, Fußn. 102: Einsatz des Körpers beim Würfelspiel im germ. Recht usw.!
4) Vergl. Hubmann, S. 169 ff.!
5) BGHZ 29, 33 (36).
6) RGRK, § 823 Anm. 20; Siebert - Schräder, § 823 RdNr. 36.
7) Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, § 233 I 2 (S. 936).

zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz, sie sind aber nicht selbst Gegenstand eines Rechts ihres Trägers" [1]. Man kann daher nicht von einem Recht am Leben und am Körper usw. sprechen, sondern "höchstens von einem Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit usw." [2].

Eine gegenteilige Auffassung kann auch nicht auf den Wortlaut des § 823 I BGB gestützt werden, der neben den 4 genannten Lebensgütern und dem Eigentum ein "sonstiges Recht" des Menschen unter Schutz stellt. Nach der herrschenden Meinung ist der Körper nicht als Recht anzusehen, da die Worte "sonstiges Recht" in § 823 I BGB nur mit den unmittelbar vorangehenden Worten "das Eigentum" zu verbinden seien. Diese Begründung ist jedoch heute nur noch dann folgerichtig, wenn man die Rechtsprechung ablehnt, nach der das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" des Menschen als "sonstiges Recht" i.S.v. § 823 I BGB anerkannt wird. Man kann nicht wie z.B. Schräder [3] den Körper als Lebensgut und das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Recht auffassen. Wie bereits oben ausgeführt wurde, hat jeder Mensch ein Recht "auf körperliche Unversehrtheit", das Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist [4]. Es können deshalb beide "Rechte" keine grundsätzlich verschiedene Beurteilung erfahren. Schließt man sich der m.E. richtigen Auffassung der Gerichte an, wonach das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Menschen als "sonstiges Recht" anzusehen ist, muß man davon ausgehen, daß die Worte "sonstiges Recht" es erlauben, den Tatbestand des § 823 I BGB nicht nur um absolute Rechte an Gegenständen, sondern auch um Rechte auf Achtung anderer als der vier genannten Persönlichkeitsgüter zu erweitern [5]. Bei dieser Auslegung der Worte "sonstiges Recht" kann man auch nicht auf den Gedanken kommen, die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts habe zu einer Änderung des Rechtscharakters der in § 823 I BGB aufgezählten Lebensgüter geführt und diese müßten nunmehr wie das Eigentum als absolute Herrschaftsrechte angesehen werden. Zweck der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts war nur der umfassende Schutz vor Beeinträchtigung aller derjenigen "Werte, Eigenschaften und Kräfte, welche die Menschenwürde, Individualität und schöpferische Leistung der

---

1) BGHZ 29, 33 (36).
2) Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, § 233 I 2 (S. 936).
3) Siebert - Schräder, § 823 RdNr. 36.
4) Vergl. oben § 2!
5) Vergl. Esser, § 202 1 b ee (S. 847), der allerdings die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ablehnt.

einzelnen Person begründen und darstellen" [1]. Aus dem in § 823 I BGB aufgestellten Schutz der Güter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit läßt sich daher nach wie vor nicht ein Recht an diesen Gütern ableiten, sondern nur das Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit, auf Gesundheit und auf Freiheit, mit anderen Worten das Recht auf Freiheit vor Beeinträchtigungen und Störungen der Persönlichkeitsgüter.

Aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit ergibt sich für die Einwilligung nun folgendes: Das Recht auf körperliche Integrität umfaßt wie alle Abwehrrechte auf der anderen Seite das Recht, Eingriffe Dritter in die körperliche Unversehrtheit zuzulassen, es sei denn, hierin würde von der Rechtsordnung ein sittenwidriges Verhalten gesehen. Kraft seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit kann deshalb ein Mensch im Interesse seines Lebens, seiner Gesundheit usw. Eingriffe in seinen Körper gestatten [2]. Er verfügt hiermit nicht über seine körperliche Unversehrtheit, wovon die Rechtsgeschäftstheorie ausgehen muß, sondern seine Einwilligung ist Ausfluß des Rechts auf körperliche Unversehrtheit.

II

Die Rechtshandlungstheorie

Soweit die Rechtsgeschäftstheorie abgelehnt wird, wird die Einwilligung überwiegend zu den Rechtshandlungen gezählt [3].

Unter einer Rechtshandlung versteht man eine erlaubte, menschliche Handlung, deren Rechtsfolgen im Gegensatz zu den Folgen der Willenserklärungen ex lege, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt sind oder nicht, eintreten [4]. Die Rechtshandlungen pflegt man in verschiedene

---

1) Siebert, § 12 RdNr. 1.

2) BGHZ 29, 33 (36).

3) Planck, § 823 Anm. II 3c; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 508; LG Tübingen in NJW 1960, S. 1390; Larenz, Schuldrecht II, § 66 I e l, spricht von "geschäftsähnlichen Willenserklärungen", so auch BGHZ 29, 33 (36) unter Berufung auf Larenz.
Alsen, S. 3; Mezger, Lehrbuch, § 28 I (S. 208); ders., LK, Vorbem. 10 e aa vor § 51; Mayer, § 24 II 2 a (S. 167); Lenckner, S. 455, 457; Schönke - Schröder, Vorbem. III 7 vor § 51.

4) Manigk, HdwRw IV, S. 666; Staudinger - Coing, Vorbem. 3a vor § 104; Enneccerus - Nipperdey, AT, § 137 III (S. 863); Lange, BGB AT, § 36 V 2 (S. 224).

Untergruppen einzuteilen. Es werden vor allem "Realakte" und "geschäftsähnliche Handlungen" unterschieden [1]. Nipperdey [2] faßt außerdem rechtmäßige, zum Ersatz verpflichtende Handlungen zu einer weiteren Gruppe zusammen [3].

Prüft man nun, ob die Einwilligung als Rechtshandlung angesehen werden kann, so ist zunächst folgendes festzustellen: Wenn der Berechtigte die Einwilligung erteilt, nimmt der Arzt den Eingriff vor. Die Handlung des Arztes ist infolge der Einwilligung rechtmäßig. Dem Patienten stehen also - etwa beim Mißlingen der Operation - keine Schadensersatzansprüche gegen den Arzt zu. Die Rechtswirkungen der Einwilligung, d.h., die Rechtfertigung der Handlung des Arztes und das Nichtentstehen von Schadensersatzansprüchen, treten ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten ein. Hiermit erfüllt die Einwilligung die wichtigste Voraussetzung für das Vorliegen einer Rechtshandlung.

Fraglich könnte dagegen sein, ob die Einwilligung unter eine der von der Literatur entwickelten Untergruppen der Rechtshandlungen fällt.

1) Die "Realakte" erfordern die Bewirkung eines tatsächlichen, dem Gebiet des Rechts nicht angehörigen Erfolges, der nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine Rechtswirkung hervorruft [4]. Hauptbeispiele sind die Vermischung und die Verarbeitung, §§ 948, 950 BGB. Im Fall des § 950 BGB liegt der tatsächliche Erfolg darin, daß durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes eine neue Sache hergestellt worden ist. Die Rechtswirkung, die daran geknüpft ist, ist der Eigentumserwerb des Handelnden. Im Gegensatz hierzu bringt die Einwilligung allein noch keinen tatsächlichen Erfolg hervor. Der Erfolg, der Eingriff in die körperliche Integrität des Einwilligenden, tritt erst durch die Handlung des Arztes ein. Für die Tat des Arztes ist lediglich die Einwilligung Voraussetzung. Die Einwilligung kann auch ihre Rechtswirkung erst entfalten, wenn der Arzt den Eingriff vorgenommen hat. Die bloße Möglichkeit, daß der Arzt nach Abgabe der Einwilligung durch den Berechtigten rechtmäßig handeln kann, wird man noch nicht als Rechtswirkung auffassen können. Die Einwilligung kann daher nicht zu den Realakten gezählt werden [5].

---

1) Lange, BGB AT, § 36 V 2 (S. 225).
2) Enneccerus - Nipperdey, § 137 IV 2 (S. 865).
3) Auf die Einteilung von Manigk (HdwRw IV, S. 664 ff. und "Das rechtswirksame Verhalten") soll hier nicht eingegangen werden.
4) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 137 IV 2b (S. 866).
5) Vergl. auch Honig, S. 165; Geerds, Diss. S. 48!

2) Die "geschäftsähnlichen Handlungen" enthalten die Äußerung eines geistigen Vorgangs, eines Willens oder einer Vorstellung, die nicht auf einen Rechtserfolg gerichtet sein muß [1]. Da die Einwilligung die Willensäußerung des Berechtigten darstellt, daß er mit dem vom Arzt vorgeschlagenen Eingriff einverstanden sei [2], erfüllt sie scheinbar ohne weiteres die Voraussetzungen für das Vorliegen einer geschäftsähnlichen Handlung. Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn man die Einwilligung mit den Handlungen, die üblicherweise zu den geschäftsähnlichen Handlungen gerechnet werden, vergleicht.

a) In der Literatur werden verschiedene Gruppen von geschäftsähnlichen Handlungen unterschieden. So stellt z.B. Nipperdey [3] folgende Gruppen auf:

1) Aufforderungen: z.B. Mahnung (§ 284 BGB), Fristsetzung (§ 326 BGB);
2) Androhungen: z.B. die Androhung, den Besitz an dem geschuldeten Grundstück aufzugeben (§ 303 BGB);
3) Weigerungen: z.B. Weigerung, den Vertrag zu genehmigen (§ 179 BGB), die Leistung anzunehmen (§ 295 BGB), Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung;
4) Willensäußerungen: z.B. tatsächliche Niederlassung, Rückgabe der Pfandsache; Manigk [4] spricht bei dieser letzten Gruppe von "mit inneren Tatsachen verknüpften" Rechtshandlungen.

In keine dieser Gruppen läßt sich die Einwilligung eingliedern. Sie stellt weder eine Aufforderung, noch eine Androhung oder Weigerung dar. Aber auch zu der letzten Gruppe wird man die Einwilligung im Gegensatz zu der von Manigk [5] vertretenen Ansicht nicht zählen können. Bei den Willensäußerungen tritt die Rechtswirkung ähnlich wie bei den Realakten ein, ohne daß eine Handlung eines Dritten hinzukommen müßte. Die Feststellung, daß die Einwilligung unter keine der vier Gruppen fällt,

---

1) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 137 IV 2 a (S. 865).
2) Linckelmann, S. 78.
3) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 137 2 a (S. 866). Nipperdey rechnet allerdings, wie bereits ausgeführt wurde, die Einwilligung zu den Rechtsgeschäften.
4) Manigk, HdwRw IV, S. 669.
5) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 508.

darf nun aber nicht zu dem Schluß verleiten, die Einwilligung stelle keine geschäftsähnliche Handlung dar. Die Gruppen sind lediglich aus Gründen der Systematik zusammengestellt worden. Es ist von niemand behauptet worden, daß sie alle geschäftsähnlichen Handlungen erfassen.

b) Honig [1] will die Einwilligung nicht zu den Rechtshandlungen rechnen, da die Rechtshandlungen allein schon kraft ihres Existentgewordenseins eine Veränderung in der Rechtswelt bewirkten und "eine solche Rechtswirkung der Einwilligung gerade nicht zukäme". Wie bereits mehrfach erwähnt, trifft es zwar zu, daß die Einwilligung erst dann rechtlich bedeutsam wird, wenn der Arzt den Eingriff vorgenommen hat. Hierzu ist aber zu sagen, daß es bei den geschäftsähnlichen Handlungen bis auf die oben erwähnte Untergruppe der Willensäußerungen im engeren Sinne nicht immer der Fall ist, daß die Rechtswirkungen im Augenblick der Vornahme der Handlung eintreten. So kann z.B. bei der Fristsetzung gemäß § 326 BGB Schadenersatz erst verlangt oder vom Vertrag zurückgetreten werden, wenn der Schuldner innerhalb der Frist nicht geleistet hat. Bei der Mahnung gemäß § 284 BGB tritt die Verzugsfolge ebenfalls erst ein, wenn der Schuldner auf die Mahnung hin nicht leistet. Der Unterschied zur Einwilligung liegt bei diesen Beispielen allerdings darin, daß hier ein Nichthandeln des Schuldners Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsfolgen ist, während die Einwilligung zur Entfaltung ihrer Wirksamkeit ein positives Tun des Arztes erfordert. Es dürfte aber eine Überschätzung dieses Gesichtspunkts darstellen, wenn man seinetwegen es ablehnen wollte, die Einwilligung zu den geschäftsähnlichen Handlungen zu zählen. Die wichtigsten Voraussetzungen für das Vorliegen einer geschäftsähnlichen Handlung sind bei der Einwilligung gegeben. Sie stellt die Äußerung eines Willens dar und ihre Rechtsfolge tritt ohne Rücksicht auf den Willen des Patienten [2] ein. Man sollte daher in Übereinstimmung mit der in Literatur und Rechtsprechung heute wohl herrschenden Meinung die Einwilligung zu den Rechtshandlungen rechnen. Wenn man im Gegensatz hierzu mit Honig die Einwilligung neben die "anerkannten Formen der juristisch bedeutsamen Handlungen" [3] (gemeint sind Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen) als weitere Form einer juristisch bedeutsamen, erlaubten Handlung stellen will, so ist für das praktische Ergebnis nichts gewonnen. Wie die folgenden

---

1) Honig, S. 164.
2) Vergl. oben S. 53.
3) Honig, S. 164.

Ausführungen zeigen werden, ist für die juristische Behandlung einer Rechtshandlung, die im Gesetz nicht geregelt ist, das Hauptproblem, inwieweit die gesetzlichen Vorschriften über Rechtsgeschäfte analoge Anwendung finden können [1]. Die gleiche Frage taucht aber auch auf, wenn man die Einwilligung als weitere Form bedeutsamer Handlungen neben die Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen stellt [2].

III

Die Zuständigkeit zur Vornahme von Rechtshandlungen für ein Kind

Wie bereits erwähnt, versuchen viele Autoren und Gerichte aus der Rechtsnatur der Einwilligung abzuleiten, ob die Einwilligung vom Inhaber der tatsächlichen Personensorge oder von dem gesetzlichen Vertreter zu erteilen ist. Sie kommen hierbei überwiegend zu dem Ergebnis, daß die Erteilung der Einwilligung in den Zuständigkeitsbereich des gesetzlichen Vertreters fällt [3]. Diese Methode dürfte jedoch einen Rückfall in die

---

1) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 137 III (S. 863).

2) Vergl. auch Geerds, Diss., S. 48, 232, der zwar die Einwilligung als "einseitig rechtsgeschäftsähnlich wirkenden Willen" und als Rechtshandlung im "untechnischen" Sinne bezeichnet, aber dennoch die Vorschriften über Rechtsgeschäfte analog anwenden will.

3) Für ein Einwilligungsrecht des gesetzlichen Vertreters:
Im Zivilrecht: Linckelmann, S. 81; Zitelmann, S. 62; Fischer, S. 277; Planck - Flad, § 107 Anm. I 4; v. Tuhr, AT II, § 59 IV (S. 343, Fußn. 58); Kohler, § 93 (S. 416); Thoma, S. 296; Warneyer, § 107 Anm. I; Kuhnke, S. 524; Bremer, S. 36; Schlegelberger - Vogels, § 107 Anm. 7; Soergel - Lindenmaier, § 823 Anm. A II; Hübner - Drost, S. 83; Erman - Westermann, § 107 Anm. 1; Erman - Seiber, § 1631 Anm. 1a; Achilles - Greiff, § 107 Anm. 1; Achilles - Greiff - Beitzke, § 1626 Anm. 8, § 1707 Anm. 4; Beitzke, Familienrecht, § 27 I (S. 154); Siebert - Ballerstedt, § 276 Anm. 37; RGRK, § 106 Anm. 6; Enneccerus - Nipperdey, AT, § 151 II 1e, (S. 933); Esser, § 202 I (S. 843); Lehmann, Familienrecht, § 26 I (S. 168); Palandt - Danckelmann, § 107 Anm. 3; Palandt - Lauterbach, § 1626 Anm. 4b, § 1707 Anm. 1 und 2; RG, JW 1907, 505; RGZ 68, 431; RG, JW 1911, 748 (= Warn. 1911,

Begriffsjurisprudenz [1] darstellen. Es ist zwar folgerichtig, wenn die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie, der hier nicht gefolgt wird, die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters annehmen, da zu seinen Aufgaben die Vornahme von Rechtsgeschäften für das Kind gehört. Wenn aber auch die Vertreter der Rechtshandlungstheorie zu dem gleichen Ergebnis kommen und dies in der Regel nur mit dem Hinweis begründen, daß auf die Rechtshandlungen die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte analog anzuwenden seien, so ist dies nicht überzeugend. Die Vorschriften über Rechtsgeschäfte sind auf die Rechtshandlungen nur dann anwendbar, wenn Zweck und Charakter der Rechtshandlung eine gleiche Behandlung wie die Rechtsgeschäfte erfordern, d.h., wenn die gleiche Interessenlage vorliegt [2].

Nr. 398); KG, JFG 13, 35 (= ZBlJR 27, 172); KG, DJ 36, 1765; OLG München, JFG 16, 206 (= HRR 1938 Nr. 11); wohl auch grundsätzlich BGHZ 29, 33 ff.

Im Strafrecht: Brückmann, S. 705; Honig, S. 170; Bühring, S. 46; Blume, Diss. S. 32; Mezger, Lehrbuch, § 28 II 2 (S. 211, Fußn. 9); ders., LK, Vorbem. 10 e bb vor § 51; Mühlmann - Bommel, § 226a Anm. 2; Mayer, § 24 II 2 a (S. 167); Maurach, AT, § 28 I 2 b (S. 267); Lenckner, S. 459; Schönke - Schröder, Vorbem. III 7 vor § 51;

RGSt 25, 381; 38, 35, 61, 393; 74, 353; unklar BGHSt 12, 379 (382), der von der Einwilligung der "Erziehungsberechtigten" spricht.

1) Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II, § 8 (S. 74), weist darauf hin, daß die "Begriffsjurisprudenz" vergaß, daß die Rechtsinstitute nur "Sammelbezeichnungen für eine mehr oder weniger große Anzahl soziologischer Phänomene, also bloße "Formulierungsbegriffe" sind". Die für sie entwickelten Rechtsvorschriften passen aber nicht auf alle Lebenserscheinungen. Schon Rudolf Ihering, S. 317 wandte gegen die Begriffsjurisprudenz ein: "Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein".

2) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 137 IV 2 (S. 866), § 207, S. 1266; Lange, BGB AT, § 36 V 3 (S. 266); Larenz, Schuldrecht II, § 66 I e 1 (S. 379); Staudinger - Coing, Vorbem. 3a vor § 104; LG Tübingen, NJW 1960, 1390.

Ob dies der Fall ist, muß für jede einzelne Rechtshandlung untersucht werden. Darüber hinaus ist die Anwendbarkeit jeder Bestimmung über Rechtsgeschäfte auf die Rechtshandlung besonders zu prüfen. Es ist sehr wohl möglich, daß auf eine Rechtshandlung gewisse Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar sind, andere dagegen nicht. Die Frage nach der Person des Einwilligungsberechtigten läßt sich daher über die Rechtsnatur der Einwilligung allein, wie es überwiegend versucht wird, nicht lösen. Es sind noch weitere Untersuchungen erforderlich. Es muß einmal geprüft werden, ob die Gründe, die den Gesetzgeber zur Bestimmung der Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters, oder die Gründe, die ihn zur Festlegung der Zuständigkeit des Inhabers der tatsächlichen Personensorge veranlaß haben, auf die Einwilligung zutreffen. Für die Richtigkeit der herrschenden Meinung, die die Einwilligungsberechtigung des gesetzlichen Vertreters annimmt, ist deshalb vor allem Voraussetzung, daß eine Situation vorliegt, die den Fällen, in denen das Gesetz seine Zuständigkeit bestimmt, entspricht. Im übrigen ist für die Frage, wer die Einwilligung für das Kind zu erteilen hat, allein das Wohl des Kindes ausschlaggebend. Es kommt daher darauf an, ob derjenige, dem die tatsächliche Personensorge obliegt, oder der gesetzliche Vertreter für die Erteilung der Einwilligung besser geeignet ist.

Da die Trennung von tatsächlicher Personensorge und gesetzlicher Vertretung bei den unehelichen Kindern die größte Bedeutung hat, soll zunächst untersucht werden, wer für sie die Einwilligung zu erteilen hat.

§ 10

Der Einwilligungsberechtigte bei unehelichen Kindern

I

Für die Beantwortung der Frage, wer bei unehelichen Kindern zur Erteilung der Einwilligung berechtigt ist, kann es u.U. besondere Schwierigkeiten bereiten, wenn die Mutter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Es soll deshalb zunächst davon ausgegangen werden, daß die Personensorge zwischen der volljährigen Mutter und dem Vormund geteilt ist. Auf die Fälle, in denen die Mutter noch minderjährig oder aus anderen Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wird erst unter II und III eingegangen.

Bei der Prüfung, wer die Einwilligung für die ärztliche Behandlung des unehelichen Kindes zu geben hat, tauchen zwei Fragen auf:

1) Wem steht das Entscheidungsrecht darüber zu, ob bei dem Kind ein ärztlicher Eingriff vorgenommen werden soll?
2) Wer hat, wenn die Entscheidung für einen ärztlichen Eingriff ausfällt, die Einwilligung dem Arzt zu erklären?

Wenn in Literatur und Rechtsprechung die Ansicht vorherrscht, dem Vormund [1] stünde das Einwilligungsrecht zu, so sind deshalb hierfür drei Begründungen möglich. Es könnte einmal die Meinung vertreten werden, der Vormund allein habe das Entscheidungsrecht darüber, ob der Eingriff vorgenommen werden soll. Weiter könnte man ein Entscheidungsrecht von Vormund und Mutter bejahen. Endlich käme ein alleiniges Entscheidungsrecht der Mutter in Betracht, das zu seiner Wirksamkeit nach außen (gegenüber dem Arzt) aber der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bedürfte.

1) Die herrschende Meinung nimmt ein Entscheidungsrecht des Vormunds an [2]. Ob diese Ansicht richtig ist, kann nur festgestellt werden, wenn man untersucht, wie der Gesetzgeber die Rechte und Pflichten von Mutter und Vormund abgegrenzt hat.

a) Abgrenzung der Rechte und Pflichten der Mutter und des Vormunds in der Personensorge

Mit dem Recht und der Pflicht zur tatsächlichen Personensorge für das Kind fallen die wichtigsten Sorgehandlungen in den Zuständigkeitsbereich der Mutter [3]. Alle Entscheidungen, die das persönliche Wohl des Kindes betreffen, liegen allein in ihren Händen. Der Vormund hat deshalb auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge lediglich die

---

1) In der Regel ist in Lit. u. Rechtspr. nur vom Einwilligungsrecht des "gesetzl. Vertreters" die Rede. Ausdrücklich für das Einwilligungsrecht des Vormunds bei ue. Kindern: Thoma, S. 296; KG, DJ 36, 1765; OLG München, JFG 16, 205 ff.; Achilles - Greiff - Beitzke, § 1707 Anm. 4; Lenckner, S. 459; Palandt - Lauterbach, § 1707 Anm. 1 u. 2.
2) Auch H. Krüger, Die Rechtsstellung des ue. Kindes, S. 31 f., ist der Ansicht, daß die h.M. von einem Entscheidungsrecht des Vormunds ausgeht.
3) Vermögen ist bei unehelichen Kindern selten vorhanden; vergl. auch Opet - v. Blume, § 1707 Anm. 1!

Stellung eines Beistandes, § 1707 I S. 3 BGB. Er hat die Mutter bei der Ausübung der Personensorge zu unterstützen und sie vor allem bei wichtigen Fragen zu beraten. Bei Meinungsverschiedenheiten geht aber die Meinung der Mutter vor [1]. Sie hat in der Personensorge den Vorrang [2]. Ist der Vormund allerdings der Ansicht, die Mutter mißbrauche ihr Sorgerecht, so hat er den Fall dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, § 1686 BGB [3].

Bedarf die Entscheidung der Mutter zu ihrer Durchführung einer Handlung, die zur gesetzlichen Vertretung gehört, so ist hierfür die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters gegeben, § 1707 I 2 i.V.m. § 1793 BGB. Aber auch aus dem Vertretungsrecht ergibt sich auf dem Gebiet der Personensorge kein Entscheidungsrecht für den Vormund. "Die gesetzliche Vertretung ist hier im Gegensatz zu den Akten tatsächlicher Personenfürsorge, die Selbstzweck sind, lediglich Mittel zum Zweck, Mittel zur Durchführung tatsächlicher Personensorge" [4]. Der Vormund darf daher in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Kindes nicht in das der Mutter zustehende Personensorgerecht eingreifen und die Rechte der Mutter einengen [5]. Nimmt er ein Rechtsgeschäft für das Kind unter Mißachtung des Entscheidungsrechts der Mutter vor, so ist das Geschäft zwar gültig, seine Ausführung ist aber unter Umständen nicht möglich [6]. Dies soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: Als Ausfluß ihres Erziehungsrechts über das Kind steht der Mutter auch das Recht zu, die Berufswahl für ihr Kind zu treffen [7]. Sie hat daher auch den Lehrherren für ihr Kind auszusuchen. Nur mit dem von ihr gewählten Lehrherren darf daher der Vormund einen Lehrvertrag für das Kind abschließen. Schließt der Vormund ohne oder gegen den Willen der Mutter mit einem anderen Lehrherren

---

1) Beitzke, Familienrecht, § 33 I 4 c (S. 186); Lehmann, Familienrecht, § 35 IV (S. 205); Erman - Hefermehl, § 1707 Anm. 3.
2) Staudinger - Engelmann, § 1707 Anm. 2 b; OLG München, JFG 16, 205 (207); Roquette, S. 123; Palandt - Lauterbach, § 1707 Anm. 2.
3) § 1686 BGB findet auf den Vormund bei unehelichen Kindern Anwendung (Palandt - Lauterbach, § 1707 Anm. 2).
4) Ohland, S. 52; Becker, S. 107.
5) AG Wennigsen / Deister, FamRZ 1960, S. 411; Siebert - Lade, § 1707 RdNr. 9.
6) Riß, Sp. 122.
7) Lehmann, Familienrecht, § 35 IV (S. 205); Beitzke, Familienrecht, § 33 I 4 c (S. 186).

einen Vertrag ab, so ist die Mutter hieran nicht gebunden [1]. Sie kann von dem Vormund verlangen, daß er einen zweiten Ausbildungsvertrag mit der von ihr gewählten Person schließt. Da der erste Vertrag aber nach außen hin wirksam war, können in diesem Fall allerdings Schadensersatzansprüche des ersten Vertragspartners gegen das Kind entstehen. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der Vormund - in der Regel also das Jugendamt - nicht befugt war, ohne den Willen der Mutter einen Vertrag für das Kind zu schließen. Er hat also eine Amtspflichtverletzung gegenüber dem Kind begangen. Die Gemeinde oder der Landkreis, die das Jugendamt errichtet haben (§ 12 JWG), haften deshalb dem Kind gemäß Art. 34 GG i.V.m. §§ 839, 1833 BGB auf Schadensersatz [2]. Das Kind kann gemäß § 249 BGB insbesondere verlangen, daß es von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Vertragspartner befreit wird.

Wollte man entgegen der hier vertretenen Ansicht dem Vormund in persönlichen Angelegenheiten des Kindes ein selbständiges Entscheidungsrecht geben, so würde dies nicht nur das Sorgerecht der Mutter in unzulässiger Weise einschränken, sondern darüber hinaus zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen. Der Vormund - vor allem nach Einführung der Amtsvormundschaft des Jugendamtes - kennt in der Regel das Kind kaum. Er wird von seinem Schreibtisch aus nur schwer beurteilen können, welche Maßnahme im Einzelfall der körperlichen und geistigen Verfassung des Kindes entspricht [3].

b) Das Entscheidungsrecht bei der Vornahme ärztlicher Eingriffe.

Wenn nach den vorstehenden Ausführungen allein die Mutter die Befugnis besitzt, in persönlichen Angelegenheiten des Kindes Bestimmungen zu treffen, so kann auch nur sie für die Entscheidung zuständig sein, ob der vom Arzt vorgeschlagene Heileingriff an ihrem Kinde vorgenommen werden soll oder nicht [4]. Gerade bei Fragen, die sich auf die Gesundheit und den körperlichen Zustand des Kindes beziehen, zeigt sich, daß

---

1) Roquette, S. 125; Riß, Sp. 122; vergl. auch RGRK, § 1707 Anm. 2!
2) Palandt - Lauterbach, § 1833 Anm. 1.
3) Krüger, Die Rechtsstellung des ue. Kindes, S. 32.
4) Für Vorrang der Meinung der Mutter bei einer Krankenbehandlung des Kindes:
Dietz, S. 212; vergl. auch S. 203: Dem Inhaber der tatsächlichen Personensorge "obliegt die Pflege bei Erkrankung, die Auswahl des Arztes, die Entscheidung, ob eine vorgeschlagene Operation vorge-

nur die Mutter in der Lage ist, eine angemessene Maßnahme vorzunehmen. Sie steht dem Kinde, das im Regelfall bei ihr aufwächst, viel näher als der Vormund.

Nur sie wird deshalb beurteilen können, ob z.B. die körperlichen Kräfte des Kindes ausreichen, eine schwere Operation zu ertragen. Sie allein weiß, ob das Kind leicht anfällig ist und sich deshalb eine freiwillig Impfung [1] empfiehlt [2].

Im übrigen empfinden die Vertreter der Meinung, daß nach geltendem Recht ein Entscheidungsrecht des Vormunds zu bejahen sei, vielfach ihr eigenes Ergebnis als unbefriedigend. So stellt Lenckner fest, die uneheliche Mutter besitze ein legitimeres Interesse an der Erteilung der Einwilligung als der Vormund [3]. Hildegard Krüger [4] verlangt im Interesse des Kindes eine gesetzliche Regelung, die die Zuständigkeit des Inhabers der tatsächlichen Personensorge festlegt.

2) Es wäre aber zu erwägen, ob die Gesichtspunkte, die für ein Entscheidungsrecht der Mutter sprechen, nicht auch dann Berücksichtigung finden können, wenn man ein Entscheidungsrecht von Mutter und Vormund bejaht. So wird in der Literatur vielfach neben der Einwilligung des Vormunds auch das Einverständnis [5] der Mutter

---

nommen werden soll". Nach OLG München, JFG 16, 207 (= HRR 1938 Nr. 11) soll die Mutter darüber entscheiden, "ob das Kind in ärztliche Behandlung gegeben und von welchem Arzt und in welchem Krankenhaus die Behandlung vorgenommen werden soll". Der Vormund habe nur die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abzugeben.

1) Bei Zwangsimpfungen spielt die Einwilligung, wie bereits ausgeführt wurde, keine Rolle.

2) Vergl. auch AG Wennigsen / Deister, FamRZ 60, 411, das feststellt, die Entschließung über eine Unterbringung des Kindes in einer "geschlossenen Anstalt" falle in den Entscheidungsbereich der Mutter.

3) Lenckner, S. 459.

4) Krüger, Die Rechtsstellung des ue. Kindes, S. 32.

5) Der Begriff "Einverständnis" wird hier im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs verwendet. In der strafrechtlichen Literatur wird heute im Anschluß an Geerds, GA 1954, 262, unter "Einverständnis" der Wille des Berechtigten verstanden, bei dessen Vorliegen bereits der Tatbestand des Delikts entfällt (z.B. bei Wegnahme einer Sache mit

gefordert [1]. Hierbei ist aber zu beachten, daß das Einverständnis der Mutter in der Regel aus anderen als den oben erörterten Gründen für notwendig gehalten wird. So verlangt z.B. Thoma [2] das Einverständnis der Mutter "teils aus sittlichen Erwägungen, da es hart sei, ohne das Einverständnis der leiblichen Mutter zu operieren, teils aus rechtlichen Erwägungen, da die Sorge für die Person das Recht in sich begreife, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Sorgeberechtigten widerrechtlich vorenthielte". Die Mutter des Kindes könnte durch Geltendmachung dieser Rechte einen ärztlichen Eingriff vereiteln. Hierzu ist zu sagen, daß keineswegs immer die Gewähr gegeben ist, daß aus "sittlichen Erwägungen" das Einverständnis der Mutter eingeholt wird. Wenn außerdem der Arzt das Kind in ihrer Wohnung behandelt, ist für ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht und Herausgaberecht kein Raum. Rechtlich wäre ihr Einverständnis ohnedies ohne Bedeutung, da zur Rechtfertigung des Arztes allein die Einwilligung des Vormunds in Betracht käme.

Anders wäre die Lage, wenn man ein wirkliches gemeinsames Entscheidungsrecht von Mutter und Vormund bejahen würde. So schlägt Hildegard Krüger [3] für den Fall, daß man auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht verzichten wolle, eine § 3 II EheG entsprechende Regelung vor. Hier wäre gewährleistet, daß die Meinung der Mutter berücksichtigt würde. Einer solchen Lösung stehen jedoch andere Bedenken gegenüber. Das BGB geht in der Personensorge grundsätzlich, wie oben gezeigt wurde, von einem Alleinentscheidungsrecht der Mutter aus. Der Vormund hat nur die Stellung eines Beistandes. Im übrigen dürfte eine solche Regelung in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Wenn der Arzt die Einwilligung von Mutter und Jugendamt einholen müßte, würde die Vornahme notwendiger Eingriffe sehr häufig verzögert werden. Außerdem wäre zweifelhaft, was bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Mutter und Vormund zu gelten hätte.

Willen des Eigentümers liegt kein Diebstahl i.S. des § 242 StGB vor). Mit "Einwilligung" wird dagegen der Wille des Berechtigten bezeichnet, dessen Vorliegen einen Rechtfertigungsgrund darstellt (z.B. bei Körperverletzungen). Vergl. Schönke - Schröder, Vorbem. III 7 vor § 51!

1) Thoma, S. 296; RGRK, § 1707 Anm. 2; Palandt-Lauterbach, § 1707 Anm. 2.

2) Thoma, S. 296; so auch Lenckner, S. 460.

3) Krüger, Die Rechtsstellung des ue. Kindes, S. 32.

3) Da nach der hier vertretenen Auffassung der Vormund nicht die Befugnis hat, über die Vornahme des ärztlichen Eingriffs an dem Kind zu entscheiden, könnte seine Mitwirkung nur dann in Betracht kommen, wenn die Entscheidung der Mutter zu ihrem rechtlichen Wirksamwerden eine Vertretungshandlung durch den Vormund erfordert [1]. Hierbei ist nun von ausschlaggebender Bedeutung, daß die Einwilligung eine Rechtshandlung ist. Wie bereits ausgeführt wurde, sind Rechtshandlungen nur dann vom gesetzlichen Vertreter vorzunehmen, wenn für die Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte ein Bedürfnis besteht.

a) Die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters könnte einmal in Betracht kommen, wenn die Gründe, die dazu führten, daß der Gesetzgeber den gesetzlichen Vertreter zur Vornahme von Rechtsgeschäften für zuständig erklärte, auch bei der Einwilligung zu berücksichtigen sind.

Der Gesetzgeber ging, als er die gesetzliche Vertretung des unehelichen Kindes in die Hände des Vormunds legte, davon aus, daß der Vormund zur Vornahme von Rechtsgeschäften für das Kind besser als die Mutter geeignet sei [2]. Nimmt man einmal an, daß diese Ansicht richtig sei, so könnte man zu ihrer Begründung folgende Gesichtspunkte anführen: Wird ein Vertrag, z.B. ein Dienst- oder Lehrvertrag, für das Kind geschlossen, so ergeben sich im allgemeinen unmittelbar aus dem Vertrag Rechte und Pflichten für das Kind. Man könnte daher der Auffassung sein, daß zum Abschluß des Vertrages im Interesse des Kindes nur eine Person, die in der Lage ist, die möglichen Folgen zu übersehen, in Betracht kommt. Darüber hinaus sind bei der näheren Ausgestaltung des Vertrages verschiedene rechtliche Fragen zu beachten. So spielen beim Dienstvertrag Arbeitszeit, Urlaub und Kündigung [3] eine Rolle. Auch hier ist die Ansicht denkbar, daß die Mutter mangels genügender Erfahrung im Rechtsleben ungeeignet sei, bei einem Vertragsschluß möglichst gute Arbeitsbedingungen für ihr Kind zu erreichen. Hinzu kommt, daß die meisten Verträge gleichzeitig vermögensrechtliche Bedeutung haben. Die Vermögens-

---

1) Vergl. OLG München, JFG 16, 207.

2) Ausschlaggebend für die Beibehaltung des § 1707 I BGB durch das FamRÄndG von 1961 soll der "große Anteil der jungen Mütter sowie derjenigen, die kein Interesse an der Ausübung der elterlichen Gewalt bezeigen", gewesen sein. (Schwarzhaupt (MdB), FamRZ 1961, S. 330).

3) Von den weitgehenden zwingenden gesetzlichen Vorschriften soll einmal abgesehen werden.

sorge steht ohnedies dem Vormund zu [1], so daß auch aus diesem Grunde vielfach seine Mitwirkung erforderlich ist.

Vergleicht man nun die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen mit den Gründen, die die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters rechtfertigen könnten, so ist festzustellen, daß nicht ein einziger auf sie zutrifft. Vermögensrechtliche Gesichtspunkte spielen, wie in § 8 ausgeführt wurde, bei der Erteilung der Einwilligung keine Rolle. Daß Rechte und Pflichten für den Patienten nicht entstehen können, wurde in § 9 bereits dargestellt.

Bei der Erteilung der Einwilligung liegt auch keine Situation vor, die - wie bei der näheren Ausgestaltung eines Vertrages - die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters wünschenswert erscheinen ließe. Eine Möglichkeit zu "rechtlicher Betätigung" ist dem Vormund bei der Erteilung der Einwilligung nicht gegeben. Wie dargelegt wurde, hat allein die Mutter darüber zu entscheiden, ob der vom Arzt vorgeschlagene Eingriff vorgenommen werden soll. Der Vormund hat in der Personensorge nur die Stellung eines Beistands, § 1707 I 2 BGB i.V.m. §§ 1686 ff. BGB. Er hat der Mutter also lediglich beratend zur Seite zu stehen. Bei Meinungsverschiedenheiten mit der Mutter hat er den Fall dem Vormundschaftsgericht nur dann anzuzeigen, wenn die Mutter ihr Personensorgerecht mißbraucht, § 1686 a.E. BGB. Soweit eine Pflichtverletzung der Mutter nicht vorliegt, hätte der Vormund also, wenn man seine Mitwirkung bei der Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen verlangen würde, lediglich den Willen der Mutter dem Arzt zu übermitteln. Dies ist aber nicht die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters. Seine Zuständigkeit in persönlichen Angelegenheiten des Kindes erschöpft sich nicht in der bloßen Weitergabe der Meinung der Mutter, sondern er hat für ihre rechtlich richtige Ausführung zu sorgen. Sollte es jedoch durch die gesetzliche Regelung im Einzelfall tatsächlich einmal zutreffen, daß der Vormund nur die Meinung der Mutter weiterzugeben hätte, so besteht keinerlei Anlaß, dies auf andere Fälle, in denen keine gesetzliche Vorschrift vorliegt, auszudehnen. Die Trennung von tatsächlicher Personensorge und gesetzlicher Vertretung ist in diesen Fällen sinnlos. Sie ist im übrigen häufig gerügt worden. Schon Kohler [2] nennt sie eine "große Unnatur". Riß [3] spricht von einer "Künstelei". "In den wenigen Fällen, in denen sie sich nützlich erweise - das käme schließlich bei der verkehrtesten Bestimmung einmal vor - ständen zahlreiche Bei-

1) Man hielt die Mutter vor allem für ungeeignet, die Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den Vater zu verfolgen.

2) Kohler, § 93 (S. 415); vergl. auch Gehring, S. 33 Anm. 102!

3) Riß, Sp. 126.

spiele gegenüber, in denen sie zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen führe" [1].

Endlich läßt sich auch nicht mit einer engen Verbindung von Behandlungsvertrag und Einwilligung die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters begründen [2]. Wie bereits oben ausgeführt wurde, ist die Einwilligung scharf von dem Vertrag mit dem Arzt zu unterscheiden. Durch den Dienst- oder gegebenenfalls den Werkvertrag (bei Operation) mit dem Arzt verpflichtet sich der Patient zur Zahlung des Honorars an den Arzt, während der Arzt sich verpflichtet, eine ordnungsgemäße Behandlung vorzunehmen. Durch die Einwilligung dagegen wird der Arzt zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ermächtigt. Zu erwägen wäre in diesem Zusammenhang lediglich, ob sich nicht in der Praxis Schwierigkeiten ergeben können, wenn das Recht zum Abschluß des Vertrages, das dem gesetzlichen Vertreter zusteht, und die Einwilligungsberechtigung in verschiedenen Händen liegen. So wäre es z.B. denkbar, daß ein Arzt eine Operation nicht vornehmen will, wenn zwar die Mutter ihre Einwilligung erteilt hat, der Vormund sich aber weigert, den Vertrag mit ihm abzuschließen. Er könnte sich auf den Standpunkt stellen, eine Behandlung nur durchzuführen, wenn ihm ein vertraglicher Honoraranspruch zustünde. Diese Schwierigkeit kann die Mutter aber dadurch umgehen, daß sie den Vertrag im eigenen Namen schließt. In diesem Fall haftet sie allerdings dem Arzt persönlich für das Honorar. Sie wird vor allem dann bereit sein, diese Folge auf sich zu nehmen, wenn etwa ihre Sozialversicherung für die Kosten der ärztlichen Behandlung des Kindes aufkommt. So erhalten z.B. nach § 205 I, II Ziff. 5 RVO die unehelichen Kinder einer Versicherten bis zur Dauer von dreizehn Wochen ärztliche Behandlung im gleichen Umfang wie die Versicherte.

Das Reichsgericht [3] war der Ansicht, daß es der Natur der Sache und der Verkehrssitte entspräche, wenn Eltern eines kleinen, vermögenslosen [4] Kindes den Vertrag für sich selbst und nicht als Vertreter des Kindes abschlössen. Da die Eltern für den Arzt erkennbar in der Absicht handelten, dem Kinde eine möglichst günstige Rechtsstellung gegenüber dem Arzt,

---

1) Riß, Sp. 126.

2) Wie hier Engisch, ZStW 58, S. 42; a.M. Kuhnke, S. 527.

3) RGZ 85, 183; 152, 175 (176 f.); so auch RGRK, Vorbem. 54 vor § 611, § 1630 Anm. 1.

4) Vermögen liegt vor allem bei unehelichen Kindern selten vor.

vor allem einen unmittelbaren Anspruch auf ordnungsgemäße Behandlung, zu verschaffen, wäre hier ein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB anzunehmen [1]. Der Ansicht des RG ist zu folgen. Schließen die Eltern eines vermögenslosen Kindes den Vertrag mit dem Azrt im eigenen Namen und verpflichten sie sich dadurch zur Zahlung des Honorars, so handeln sie in Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind. Die Unterhaltsgewährung hat gemäß § 1610 BGB den gesamten Lebensbedarf des Berechtigten zu umfassen. Zu dem Lebensbedarf gehören auch die Unkosten in Krankheitsfällen [2]. Zu beachten ist allerdings, daß bei unehelichen Kindern gemäß § 1709 I BGB der Vater vor der Mutter des Kindes unterhaltspflichtig ist. Soweit die Mutter dem Kind Unterhalt gewährt, geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater auf sie über, § 1709 II BGB. Das Kind und damit die Mutter haben gegen den unehelichen Vater aber nur dann einen Anspruch auf Zahlung der Arzt- und Krankenhauskosten, soweit die uneheliche Mutter durch Eingehung der Verpflichtung, das Arzthonorar zu zahlen, oder durch Erfüllung dieser Verpflichtung im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung des Vaters bleibt. Dies wäre z.B. nicht der Fall, wenn eine Mutter einfachen Standes ihr Kind in einer teuren Privatklinik behandeln ließe. Schwierigkeiten können sich im übrigen ergeben, wenn der Vater rechtskräftig zur Zahlung einer Unterhaltsrente an das Kind verurteilt worden ist und bei der Bemessung der Höhe der Rente die Kosten für eine erst später eingetretene Krankheit des Kindes noch nicht berücksichtigt werden konnten. Streitig ist, ob die Kosten für die ärztliche Behandlung des Kindes in diesem Fall mit einer Zusatzklage (§ 258 ZPO) oder nur im Wege der Abänderungsklage (§ 323 ZPO) eingeklagt werden können [3]. Der Bundesgerichtshof [4] ist der Auffassung, daß bei einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden, wiederkehrenden Leistungen die Änderung des Urteils nur unter den strengen Voraussetzungen des § 323 ZPO erfolgen kann.

Abgesehen davon, daß die Mutter den Vertrag mit dem Arzt im eigenen Namen schließen kann, hat sie auch jederzeit das Recht, bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Vormund das Vormundschaftsgericht anzurufen.

---

1) RGZ 152, 175 (177) gegen RGZ 85, 183 (184).
2) Palandt - Lauterbach, § 1610 Anm. 3.
3) Vergl. über die Streitfrage BGHZ 34, 110 ff. und die dort angegebene Literatur!
4) BGHZ 34, 110 ff.; so auch u.a. Palandt - Lauterbach, § 1708 Anm. 1; Siebert - Lade, § 1708 RdNr. 11.

b) Liegt bei der Erteilung der Einwilligung nicht die gleiche Interessenlage wie bei der Vornahme von Rechtsgeschäften vor, so könnte die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters nur in Betracht kommen, wenn hierfür ein praktisches Bedürfnis bestünde. Dies ist jedoch nicht der Fall.

In der Regel wächst das Kind bei seiner Mutter auf. Wird das Kind krank, so ist es unbestritten, daß die Mutter kraft ihrer Pflicht zur tatsächlichen Personensorge das Kind zu pflegen hat [1]. Wenn es sich um eine schwere Erkrankung des Kindes handelt, ist sie verpflichtet, einen Arzt herbeizurufen. Stellt der Arzt fest, daß z.B. eine Operation bei dem Kinde notwendig ist, wird er die Mutter hierüber aufklären. Folgt man der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, daß der Mutter das Entscheidungsrecht über ärztliche Eingriffe an ihrem Kind zusteht, so hat die Mutter nun zu entscheiden, ob die Operation vorgenommen werden soll oder nicht. Soll sie, wenn sie sich für eine Operation entscheidet, dem Arzt, der häufig nicht wissen wird, daß das Kind unehelich ist, sagen, sie sei zwar mit dem vorgeschlagenen Eingriff einverstanden, bezüglich der Einwilligung müsse er sich aber an das Jugendamt wenden? Unterließe sie diese Unterrichtung des Arztes und wäre der Arzt infolgedessen der Ansicht, die Mutter habe ihm eine wirksame Einwilligung erteilt, so wäre, wenn man der herrschenden Meinung folgt, die Handlung des Arztes rechtswidrig. Ihm könnte lediglich wegen Irrtums über die Person des Einwilligungsberechtigten kein Schuldvorwurf gemacht werden.

3) Die vorangegangenen Untersuchungen führten zu dem Ergebnis, daß das Entscheidungsrecht über ärztliche Eingriffe an unehelichen Kindern der Mutter zusteht und daß kein Grund dafür vorhanden ist, für die Wirksamkeit ihrer Entscheidung, daß der Eingriff vorgenommen werden solle die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters zu verlangen. Hieraus folgt, daß die Ansicht der Autoren und Gerichte, die bei der Frage nach der Einwilligungsberechtigung die Einwilligung wie ein Rechtsgeschäft behandeln und deshalb zur Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters kommen, abzulehnen ist. Ist die Einwilligung demnach nicht zu den Angelegenheiten der gesetzlichen Vertretung zu rechnen, kann sie nur als Akt der tatsächlichen Personensorge angesehen werden. Für ihre Erteilung ist daher der Inhaber der tatsächlichen Personensorge zuständig [2].

---

1) Motive IV, S. 755; Horion, S. 74; Planck, § 1627 Anm. 2; Crome, § 607 (S. 496); Düster, S. 19; Roquette, S. 124.

2) Für Einwilligungsrecht des Inhabers der tatsächlichen Personensorge auch: Horion, S. 74; Engisch, ZStW 58, 42; ders., Die rechtl. Bedeutung

Für die Praxis hat dies bei unehelichen Kindern folgende Bedeutung: Der Arzt hat den von ihm geplanten Eingriff in erster Linie [1] mit der Mutter [2] zu besprechen. Seine Handlung ist rechtmäßig, wenn sie ihre Einwilligung gibt. Für die Frage der Rechtfertigung ist die Meinung des Vormunds bedeutungslos. Sogar, wenn er dem Arzt ausdrücklich erklärt, er billige die Operation nicht, ist die Handlung des Arztes bei Einwilligung der Mutter rechtmäßig [3]. Der Vormund kann den Eingriff nur verhindern, wenn er der Ansicht ist, die Mutter mißbrauche ihr Personensorgerecht. In diesem Fall ist er in seiner Eigenschaft als Beistand verpflichtet, gemäß § 1686 BGB das Vormundschaftsgericht anzurufen [4]. Auf die Frage des Mißbrauchs des Sorgerechts soll im übrigen erst in § 13 eingegangen werden.

Soweit der hier vertretenen Meinung, daß die Einwilligung zu den Maßnahmen der tatsächlichen Personensorge zu rechnen und deshalb von der Mutter zu erteilen ist, nicht gefolgt wird, taucht die Frage auf, ob die Regelung des § 1707 I BGB, nach der die gesetzliche Vertretung des

---

der ärztl. Operation, S. 15; Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 108 f.; wohl auch Welzel, S. 87, der von der "Entscheidung des oder der Sorgeberechtigten" spricht. Unklar Roqeutte, S. 123, der das "Einverständnis" (auf S. 127 spricht er von "Einwilligung") der Mutter und außerdem die Einwilligung des Vormunds verlangt, "weil mit dem Arzt ein Vertrag für das Kind abgeschlossen werden muß und hierzu die Mutter nicht befugt ist". Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines dt. Strafgesetzbuches von 1911 stellte in § 297 II auf den Willen des zur Sorge für die Person Berechtigten ab. Hiermit ist wohl der Inhaber der tatsächlichen Personensorge gemeint (Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 108, Fußn. 132). Vergl. auch E 1962 Amtl. Begründung, Vorbem. zum 4. Teil i.V. mit Anm. zu § 152 (oben S. 46 dieser Arbeit!).

1) Wenn die Mutter allerdings den Vertrag mit dem Arzt nicht in eigenem Namen schließen will, muß der Arzt auch mit dem Vormund verhandeln.
2) Es wird darauf hingewiesen, daß vorläufig nur von der vollgeschäftsfähigen Mutter die Rede ist.
3) Es sei denn, die Einwilligung der Mutter müßte als sittenwidrig angesehen werden.
4) Vergl. auch AG Wennigsen / Deister, FamRZ 1960, S. 411.

Kindes dem Vormund zusteht, verfassungsmäßig ist. Der Gesetzgeber war zwar der Ansicht, durch das Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961 diese Bedenken ausgeräumt zu haben. Wie bereits oben ausgeführt wurde, kann seit 1.1.1962 das Vormundschaftsgericht der Mutter gemäß § 1707 II BGB auf Antrag die elterliche Gewalt übertragen. Die Frage ist aber trotzdem noch offen. Die uneheliche Mutter ist gegenüber der ehelichen Mutter nach wie vor benachteiligt [1]. Will man aus diesem Grunde die Verfassungsmäßigkeit von § 1707 BGB verneinen, so muß man ebenfalls zu einem Einwilligungsrecht der Mutter kommen.

II

Die vorstehenden Untersuchungen, die zu einer Bejahung des Einwilligungsrechts der Mutter führten, bezogen sich nur auf vollgeschäftsfähige Mutter. Es sind daher noch die Fälle zu prüfen, in denen die Mutter wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Unter II soll nur von den minderjährigen Müttern die Rede sein.

Auszugehen ist von dem Ergebnis, daß die Einwilligung in den Bereich der tatsächlichen Personensorge fällt. Da das tatsächliche Personensorgerecht nicht von der Volljährigkeit der Mutter abhängt, sondern ihr auch dann in vollem Umfang zusteht, wenn sie noch minderjährig ist [2], muß man grundsätzlich auch ein Einwilligungsrecht der minderjährigen Mutter bejahen. Es ist jedoch zu beachten, daß bei der Erteilung der Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff höhere Anforderungen an den Sorgeberechtigten zu stellen sind als bei anderen Handlungen. Zu einfachen Sorgemaßnahmen, z.B. Füttern oder Waschen des Kindes, wird jede Mutter in der Lage sein. Eine wirksame Einwilligung setzt dagegen voraus, wie bereits ausgeführt wurde, daß der Arzt den Einwilligungsberechtigten über den beabsichtigten Eingriff, seine Gefahren und seine Folgen aufgeklärt hat. Zur Erteilung der Einwilligung für das Kind kann deshalb nur eine Person in Frage kommen, die die Fähigkeit besitzt, den ärztlichen Eingriff zu beurteilen. Diese Urteils- und Einsichtsfähigkeit wird man nicht bei allen Müttern bejahen können. Da die Mütter oft

---

1) Vergl. oben S. 39 Fußnote 1!

2) OLG Hamburg, OLG 21, 276; Staudinger-Engelmann, § 1707 Anm. 2 c; Achilles - Greiff - Beitzke, § 1707 Anm. 4.

noch sehr jung sind [1], kann es ihnen an der nötigen Verstandesreife zur Erteilung der Einwilligung fehlen. Wann die erforderliche Urteilsfähigkeit vorliegt, kann nicht allgemein entschieden werden, sondern kommt auf den Einzelfall an [2]. Immerhin werden vierzehnjährige und noch jüngere Mütter als Einwilligungsberechtigte wohl nie in Frage kommen können. Auch bei den Fünfzehn- und Sechzehnjährigen ist die Einwilligungsfähigkeit noch zweifelhaft; sie ist unter Umständen bei noch älteren Müttern zu verneinen. Da die Feststellung, ob die Mutter den Eingriff beurteilen kann, im Einzelfall möglicherweise Schwierigkeiten bereitet, erhebt sich die Frage, ob man nicht im Interesse der Rechtssicherheit die Einwilligung wenigstens insoweit wie ein Rechtsgeschäft behandeln soll, daß man Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden verlangt. Hierzu ist aber zu sagen, daß man das Recht der minderjährigen, einsichtsfähigen Mutter, über das Wohl ihres Kindes zu bestimmen, nicht hinter den Interessen der Rechtssicherheit zurücksetzen darf. Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, daß der Arzt genügend Erfahrung und Menschenkenntnis besitzt, um beurteilen zu können, ob die Mutter seine Erklärungen bezüglich Notwendigkeit und Gefahren des Eingriffs verstehen kann. Bei der Annahme der Einsichtsfähigkeit wird er allerdings umso zurückhaltender sein müssen, je schwerer der beabsichtigte Eingriff ist.

---

1) Alter der Mütter der 1958 in der Bundesrepublik geborenen ue. Kinder (Statistisches Jahrbuch 1960, S. 64):

Alter der Mütter	Zahl der unehel. Kinder
14 Jahre und jünger	41
15 Jahre	198
16 Jahre	734
17 Jahre	2251
18 Jahre	4865

In Stuttgart waren 955 (= 40 %) Mütter der in den Jahren 1956 und 1958 geborenen unehel. Kinder minderjährig (Stadt Stuttgart, "Aus der Arbeit der Sozialverwaltung 1956-1958", 1960, S. 52).

2) Das Problem taucht in der Literatur, die überwiegend vom Einwilligungsrecht des gesetzlichen Vertreters ausgeht, nicht auf. Es wird aber bei der Frage, wann der Minderj. eine Einwilligung zu einem Eingriff in seine eigene körperliche Unversehrtheit erteilen kann, behandelt. Es darf deshalb auf die in § 14 angegebene Literatur verwiesen werden.

Stellt der Arzt fest, daß der Mutter die erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt, darf er sich - abgesehen von den Fällen, in denen Gefahr im Verzuge ist - mit der Einwilligung der Mutter nicht zufriedengeben. Aber auch, wenn die nicht einsichtsfähige Mutter einen Eingriff ablehnt, kann ihre Entscheidung nicht verbindlich sein. Das Entscheidungsrecht darüber, ob eine ärztliche Maßnahme an dem Kind vorgenommen werden soll oder nicht, liegt vielmehr in diesen Fällen in den Händen des Vormunds des Kindes [1].

Fehlt der Mutter die Urteilsfähigkeit, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß sie verhindert ist, für die ärztliche Behandlung des Kindes zu sorgen. In diesem Fall müßte das Vormundschaftsgericht gemäß § 1693 BGB [2] die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln treffen. Es hätte einen Pfleger zu bestellen. Eine Pflegschaft kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn das Kind unter Vormundschaft steht. In diesen Fällen geht das Einwilligungsrecht auf den Vormund über. Dies ergibt sich einmal daraus, daß dem Vormund gemäß § 1707 BGB die Stellung eines Beistandes neben der zur tatsächlichen Personensorge berechtigten Mutter zusteht. Diese Stellung könnte er nicht neben einem Pfleger ausüben [3]. Der Übergang des Einwilligungsrechts auf den Vormund folgt außerdem aus § 1793 BGB. Nach dieser Bestimmung hat ein Vormund grundsätzlich auch das Recht und die Pflicht zur tatsächlichen Personensorge für das Mündel. Gegenüber § 1793 BGB ist jedoch § 1707 I BGB lex specialis. Bei unehelichen Kindern steht das tatsächliche Personensorgerecht nicht dem Vormund, sondern der Mutter zu. Diese Regelung erfolgte einmal im Interesse des Kindes, das bei der Mutter aufwächst, zum anderen aber auch mit Rücksicht auf die Mutter, da man es mit Recht als unbillig empfand, der leiblichen Mutter nicht einmal die tatsächliche Personensorge über ihr Kind zuzusprechen. Ist nun die Mutter an der Ausübung einer Sorgehand-

---

1) Das Einwilligungsrecht geht nicht etwa auf die Personensorgeberechtigten der Mutter (also die Großeltern des Kindes) über. Die Einwilligung ist nicht für die Mutter, sondern für das Kind zu erteilen. Sorgemaßnahmen für das Kind hat aber außer der Mutter nur der Vormund vorzunehmen.

2) Diese Bestimmung ist auf ue. Mütter anwendbar, da ihr Personensorgerecht einen Restbestandteil der elterlichen Gewalt darstellt (vergl. LG Lübeck, FamRZ 1955, 270, bezüglich des alten § 1665 BGB, dem heute § 1693 i.d.F.d. GlBerG entspricht!).

3) KG, JFG 9, 50.

lung verhindert, so fällt bezüglich dieser Handlung der Grund weg, der gemäß § 1707 I BGB zur Beschränkung der Rechte und Pflichten des Vormunds geführt hat. Der Vormund ist nunmehr berechtigt, die Sorgemaßnahme für das Kind zu treffen [1]. Der Übergang tritt kraft Gesetzes ein, einer besonderen Übertragung bedarf es nicht [2].

III

Ist die Mutter nicht wegen Minderjährigkeit, sondern aus anderen Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt [3] oder hat sie nach § 1909 BGB für ihre Person oder ihr Vermögen einen Pfleger erhalten, so findet § 1673 II BGB auf ihr Personensorgerecht entsprechende Anwendung [4]. In diesen Fällen steht ihr daher die tatsächliche Personensorge nur neben dem Vormund zu. Bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung des Vormunds vor. Für die Entscheidung, ob ein ärztlicher Eingriff an dem Kind vorgenommen werden soll, ist daher die Meinung des Vormunds ausschlaggebend. Die Handlung des Arztes ist deshalb auf jeden Fall rechtmäßig, wenn ihm die Einwilligung vom Vormund erteilt wurde. Das gleiche muß gelten, wenn die Mutter die Einwilligung im Einverständnis mit dem Vormund abgibt und dem Arzt die Meinung des Vormunds bekannt ist. Im übrigen kommt es, wenn die Mutter die Einwilligung allein erklärt, für die Frage, ob sich der Arzt strafbar oder schadensersatzpflichtig gemacht hat oder nicht, darauf an, ob er die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Mutter kannte. War sie ihm nicht bekannt und trifft ihn hieran kein Verschulden, so ist seine Handlung zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft.

---

1) KG, JFG 9, 50; OLG München, JFG 14, 37; LG Lübeck, FamRZ 55, 270.
2) KG, JFG 9, 50; OLG München, JFG 14, 37; LG Lübeck, FamRZ 55, 270; Erman - Hefermehl, § 1707 Anm. 2; Palandt - Lauterbach, § 1707 Anm. 2.
3) Vergl. § 114 BGB!
4) Beitzke, Familienrecht, § 33 I 4 (S. 186).

§ 11

Der Einwilligungsberechtigte bei ehelichen Kindern

I

Das Einwilligungsrecht beider Eltern

Im Regelfall, in dem Vater und Mutter vollgeschäftsfähig sind und mit dem Kind zusammenleben, steht ihnen heute, wie in § 7 ausgeführt wurde, das Recht zur Sorge für die Person des Kindes gemeinsam [1] zu. Sie haben deshalb auch zusammen darüber zu entscheiden, ob eine ärztliche Maßnahme an ihrem Kinde vorgenommen werden soll oder nicht.

Da eine wirksame Einwilligung, wie oben dargestellt wurde, eine "Erklärung" des Berechtigten erfordert, wird man grundsätzlich auch verlangen müssen, daß die Einwilligung von beiden Eltern abgegeben wird. Dies bedeutet jedoch nicht, daß beide Eltern auch persönlich gegenüber dem Arzt auftreten müssen. Es genügt vielmehr, wenn ein Elternteil den anderen Elternteil ermächtigt, dem Arzt seine Einwilligungserklärung zu übermitteln [2]. Diese Ermächtigung kann auch durch schlüssiges Verhalten vorgenommen werden [3]. Wenn z.B. der Vater damit einverstanden ist, daß die Mutter mit dem Kind in die Sprechstunde des Arztes geht, so darf auch die Mutter die Einwilligung dazu erteilen, daß der Arzt dem Kind eine Spritze gibt. Das gleiche gilt, wenn der Vater die Mutter bevollmächtigt, den Arzt zu rufen, wenn das Kind erkrankt. Wenn ein Elternteil dem Arzt erklärt, der andere Elternteil habe ihn ermächtigt, seine Einwilligungserklärung zu übermitteln, so wird der Arzt in der Regel auf die Richtigkeit dieser Angabe vertrauen dürfen [4]. Sollte einmal ein Elternteil der Wahrheit zuwider die Zustimmung des anderen behaupten und kann der Arzt diesen Sachverhalt nicht erkennen, so befindet er sich im Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Ihn trifft deshalb kein Verschulden, wenn er den Eingriff an dem Kind vornimmt [4].

---

1) Vergl. Gernhuber, S. 95 f.!
2) Beitzke, Familienrecht, § 26 I 3 (S. 149); Palandt - Lauterbach, § 1629 Anm. 1; Erman - Ronke, § 1629 Anm. 1b; Siebert - Lange, § 1629 RdNr. 8.
3) Erman - Ronke, § 1629 Anm. 1b; Siebert - Lange, § 1629 RdNr. 8.
4) Kohlhaas, S. 4; Siebert - Lange, § 1629 RdNr. 8.

Von dem Erfordernis einer gemeinsamen Einwilligungserklärung wird man dann eine Ausnahme machen können, wenn Gefahr im Verzuge ist. Ist für den Arzt nur ein Elternteil erreichbar, so muß dessen Einwilligung genügen, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit des Kindes besteht. Dies ergibt sich schon aus § 1678 BGB. In der Regel wird der abwesende Elternteil in diesen Fällen an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert sein [1]. Ihre Ausübung steht daher dem anderen Teil allein zu. Eine gesetzliche Statuierung der Alleinzuständigkeit eines Elternteils "für die Abwehr dringender Gefahren (Operation)" [2], wie sie Lange vorschlägt, wäre deshalb in vielen Fällen wohl überflüssig.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn zwischen Vater und Mutter Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob der vom Arzt vorgeschlagene Eingriff vorgenommen werden soll oder nicht. Nachdem der "Stichentscheid" des Vaters in § 1628 BGB vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist, fehlt eine gesetzliche Regelung darüber, wie in diesen Fällen entschieden werden soll [3]. Die Eltern sind zwar gemäß § 1627 Satz 2 BGB in erster Linie verpflichtet, eine Einigung anzustreben. Kommen sie jedoch dieser Pflicht nicht nach, so enthält das Gesetz eine Lücke [4]. Es ist nicht geregelt, wer nun für das Kind handeln soll. Man könnte zwar daran denken, daß nun jeder Elternteil allein Maßnahmen für das Kind treffen darf. Dies führt aber nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Was soll der Arzt tun, wenn etwa die Mutter ihre Einwilligung erteilt, der Vater ihm aber ausdrücklich erklärt, die Operation dürfe nicht vorgenommen werden? Da es sich aber auf der anderen Seite bei der Operation meistens um eine für Leben oder Gesundheit des Kindes sehr wichtige Angelegenheit handelt, kann die Frage, was nun zu geschehen hat, nicht unbeantwortet bleiben. In der Literatur wird deshalb vielfach die Ansicht vertreten, daß in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht einzuschalten sei.

---

1) Vergl. oben S. 34!
2) Lange, NJW 1961, 1895.
3) Eine gesetzliche Neuregelung, die von einigen Autoren vorgeschlagen wird, wird sich kaum empfehlen. So ist ein Stichentscheid des älteren Ehegatten (so Mattern, S. 405) oder eine gesetzl. Abgrenzung der Letztentscheidungszuständigkeiten für Fragenkomplexe für Vater und Mutter (so Bosch, FamRZ 1959, 416) keineswegs geeignet, immer eine befriedigende Lösung zu geben.
4) Boehmer, Teilreform des Familienrechts, S. 46.

Dieser Meinung ist m.E. zu folgen. Nach Art. 6 II GG wacht die staatliche Gemeinschaft darüber, wie die Eltern ihre elterliche Gewalt betätigen. Wenn die Eltern in einer für das Kind wichtigen Frage keine Einigung erzielen, so zeigen sie, daß sie hier fremder Hilfe bedürfen. Fraglich ist aber, auf welche Weise das Vormundschaftsgericht einzuschalten ist. Zu denken wäre einmal an eine analoge Anwendung des § 1666 BGB. Hierzu ist aber zu sagen, daß § 1666 BGB ein schuldhaftes Verhalten eines Elternteils verlangt und seine Anwendung darüber hinaus an sehr enge Voraussetzungen, worauf unten in § 13 noch näher eingegangen wird, gebunden ist. Diese Voraussetzungen dürften bei der Mehrzahl der Fälle, in denen die Eltern keine Einigung erzielen, nicht vorliegen. Die analoge Anwendung des § 1666 BGB dürfte daher hier ausscheiden [1]. Weiter kommt eine analoge Anwendung der §§ 1632 II BGB, 2 III RelKErzG in Betracht [2]. Hier ist eine Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts gesetzlich festgelegt, die kein Verschulden der Eltern voraussetzt. Problematisch ist allerdings, ob aus diesen speziellen Bestimmungen ein generelles Entscheidungsrecht des Vormundschaftsgerichts bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern abgeleitet werden kann. Lange [3] schlägt deshalb eine Rechtsanalogie zu den gesamten Befugnissen des Vormundschaftsgerichts i.V.m. Art. 6 GG, in dem das "Wächteramt des Staates" verankert ist, vor. Dieser Meinung dürfte wohl der Vorzug zu geben sein. Wenn man die Befugnis des Vormundschaftsgerichts zum Tätigwerden aus Art. 6 II GG ableitet, so hat dies zur Folge, daß das Entscheidungsrecht des Vormundschaftsgerichts begrenzt ist. Das Wächteramt des Staates muß auf die für das Kindeswohl unerläßlichen Maßnahmen beschränkt werden [4]. Hieraus ergibt sich folgendes: Ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts von Amts wegen kommt nicht in Betracht, soweit nicht etwa ein Fall des § 1666 BGB vorliegt. Es ist vielmehr erforderlich, daß Vater und Mutter des Kindes, wenn sie eine Einigung nicht erzielen, entweder jeder für sich allein oder beide gemeinsam das Vormundschaftsgericht anrufen. Das Vormundschaftsgericht darf also nur auf Antrag tätig werden [5] (vergl. auch

---

1) Palandt - Lauterbach, § 1627 Anm. 2; Erman - Ronke, § 1627 Anm. 4 d; Siebert - Lange, § 1628 RdNr. 11.

2) Boehmer, Teilreform des Familienrechts, S. 46.

3) Siebert - Lange, § 1628 RdNr. 16.

4) Palandt - Lauterbach, § 1627 Anm. 2; Erman - Ronke, § 1627 Anm. 4 d; Siebert - Lange, § 1628 RdNr. 16.

5) Lehmann, Familienrecht, § 25 II 5 (S. 164 f.); Beitzke, Familienrecht, § 26 I 3 (S. 149); Lange, NJW 1961, 1891; Boehmer, Teil-

§ 2 III RelKErzG !). In Bagatellsachen wird das Vormundschaftsgericht den Antrag als unzulässig ablehnen dürfen [1]. Für eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts besteht hier kein Rechtschutzbedürfnis. Aus der Stellung des Vormundschaftsgerichts nach Art. 6 II GG wird man ferner schliessen müssen, daß das Gericht nicht befugt ist, eine Entscheidung in der Sache selbst zu treffen. Es hat vielmehr das Entscheidungsrecht darüber, ob der ärztliche Eingriff bei dem Kind vorgenommen werden soll oder nicht, lediglich auf einen Elternteil zu übertragen [2].

II

Das Einwilligungsrecht der minderjährigen Mutter [3]

Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit, so ist gemäß § 1673 BGB zu unterscheiden, ob ihr die tatsächliche Personensorge neben dem Vater oder neben einem Vormund oder Pfleger zusteht [4]. Hat sie das Recht zur tatsächlichen Personensorge neben dem Vater, geht bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters vor. Für die Frage, ob der Eingriff vorgenommen werden soll, kommt es deshalb allein auf die Entscheidung des Vaters an. Die Einsichtsfähigkeit der Mutter spielt deshalb keine Rolle. Anders ist die Rechtslage, wenn der Mutter das Recht zur tatsächlichen Personensorge neben einem Vormund oder Pfleger zusteht. Hier geht gemäß § 1673 II BGB ihre Meinung vor, und der Vormund hat insoweit nur die Stellung eines Beistandes [5]. Sollte hier im Einzelfall der Mutter die erforderliche Einsichtsfähigkeit zur Erteilung der Einwilligung fehlen, wird man wie bei der nicht einsichtsfähigen unehelichen Mutter ein Einwilligungsrecht des Vormunds oder Pflegers bejahen müssen

---

reform des Familienrechts, S. 46; Palandt-Lauterbach, § 1627 Anm. 2; Erman-Ronke, § 1627 Anm. 4d; Siebert-Lange, § 1628 RdNr. 17.

1) Palandt - Lauterbach, § 1627 Anm. 2; Erman-Ronke, § 1627 Anm. 4 d cc; Siebert-Lange, § 1628 RdNr. 18.

2) Arnold, S. 429; Lehmann, Familienrecht, § 25 II 5 (S. 164 f.); Beitzke, Familienrecht, § 26 I 3 (S. 149); Lange, NJW 1961, 1891; Palandt - Lauterbach, § 1627 Anm. 2; Erman - Ronke, § 1627 Anm. 4 d ee; Siebert - Lange, § 1628 RdNr. 20; vergl. hierzu auch Bosch, FamRZ 1959, 410, 415!

3) Ein minderjähriger Vater wird wegen § 1 II EheG kaum vorkommen.

4) Vergl. oben S. 35!

5) Beitzke, Familienrecht, § 26 IV 3 (S. 153).

III

Das Einwilligungsrecht bei weiteren Fällen beschränkter Geschäftsfähigkeit von Vater und Mutter und die Fälle des § 1679 BGB

In den Fällen, in denen ein Elternteil nicht wegen Minderjährigkeit, sondern aus anderen Gründen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder in denen er nach § 1909 I BGB für sein Vermögen oder seine Person einen Pfleger erhalten hat, geht in der tatsächlichen Personensorge die Meinung des anderen Teils bzw. eines Vormunds oder Pflegers vor, § 1673 II BGB. Die Einwilligung ist deshalb in erster Linie von diesen Personen zu erteilen. Es darf insoweit auf die Ausführungen in § 10 III verwiesen werden. Entsprechendes muß gelten, wenn einem Elternteil die tatsächliche Personensorge gemäß § 1679 BGB nur neben einem Vormund oder Pfleger zusteht.

§ 12

Die Einwilligungsberechtigten bei Fürsorgezöglingen und jugendlichen Strafgefangenen

I

Die Einwilligungsberechtigung bei Fürsorgezöglingen

Befindet sich ein Minderjähriger in Fürsorgeerziehung [1], stellt sich die Frage, ob in Krankheitsfällen die Fürsorgeerziehungsbehörde (FEB) [2] berechtigt ist, die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff bei einem Fürsorgezögling zu erteilen. Die Frage wurde vor allem früher für das preußische Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger [3] und in den ersten Jahren der Geltung des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 9.7.1922 [4] vielfach bejaht. Das Einwilligungsrecht wurde als Ausfluß des auf die Behörde übergegangenen Erziehungsrechtes aufgefaßt. Daneben wurde allerdings auch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des Kindes - nach damaligem Recht also in der Regel des Vaters des Kindes - verlangt, da man es als unbillig empfand, den Vater bei so wichtigen Maßnahmen zu

---

1) §§ 64 ff. JWG n.F.; §§ 5, 9 JGG.
2) Vergl. oben § 7 III !
3) Horion, S. 74; Gordan - Lehmann - Niese, § 9 Anm. 7; Dwenger, S. 59; Noelle - Boschan, § 9 Anm. 1 C c.
4) Ohland, S. 52; Bäumer - Hartmann -Becker, § 70 Anm. 7.

übergehen [1]. Im Gegensatz hierzu wurde von den Autoren und Gerichten, die die Einwilligung für eine Angelegenheit der Vertretung in persönlichen Angelegenheiten hielten, die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters angenommen [2]. Da die gesetzliche Vertretung nicht auf die FEB übergeht, hatte nach dieser Meinung die Anordnung der Fürsorgeerziehung keinen Einfluß auf die Einwilligungsberechtigung. Heute wird in der Regel auf den Zweck der Fürsorgeerziehung abgestellt. Hiernach soll die Zuständigkeit für die Erteilung der Einwilligung durch die Fürsorgeerziehung nicht berührt werden, da der Zweck der Fürsorgeerziehung ein Einwilligungsrecht der FEB nicht erfordere [3].

Die letzte Meinung ist m.E. richtig. Die Fürsorgeerziehung darf nur angeordnet werden, wenn das Kind zu verwahrlosen droht oder bereits verwahrlost ist, § 64 JWG, d.h. wenn die Eltern nicht in der Lage sind, dem Kind eine angemessene Erziehung zu geben. Entscheidend sind also pädagogische Gesichtspunkte [4]. Zweck der Fürsorgeerziehung ist die Erziehung des Kindes. Das elterliche Personensorgerecht geht daher nur insoweit auf die FEB über, als es der Zweck der Fürsorgeerziehung erfordert [5]. Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen bei dem Kind fiele deshalb nur dann in den Zuständigkeitsbereich der FEB, wenn man sie als Ausfluß des Erziehungsrechts ansehen könnte. Dies ist jedoch nicht möglich [6]. Man kann die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen auch nicht unter Berufung [7] auf die Motive zum BGB [8], nach denen die Erziehungsgewalt nicht nur die geistige und sittliche, sondern auch die körperliche Ausbildung des Kindes umfaßt, zum Erziehungsrecht zählen. Es wird hierbei übersehen, daß das Recht zur körperlichen Ausbildung des Kindes keineswegs auch die Berechtigung enthält, über Eingriffe in seine körperliche Integrität zu ent-

---

1) Bäumer - Hartmann - Becker, § 70 Anm. 7, nannte dies eine "unausgesprochene Pflicht der Menschlichkeit".
2) Wedermann, S. 105; Schiedermair, § 62 Anm. 8; KG, JFG 13, 35 (= ZBlJR 27, 172 f.); Thoma, S. 296.
3) Friedeberg - Polligkeit, § 70 Anm. 12; Potrykus, § 70 Anm. 13; Gräber, § 70 Anm. 22; Riedel, 2. Aufl., Anm. zu § 70, 3. Aufl., § 69 Anm. 7; Achilles - Greiff, § 70 Anm. 4.
4) Riedel, 3. Aufl., § 64 Anm. 8a.
5) Riedel, 3. Aufl., § 69 Anm. 7.
6) Vergl. auch Wedermann, S. 105!
7) So KGJ 46, 45 (50) = RJA 14, 91.
8) Motive IV, S. 750.

scheiden. Nimmt der Arzt eine Operation an dem Kinde vor, so kann von einer Erziehung des Kindes keine Rede sein. Das Kind hat die Maßnahme lediglich zu erdulden. Anders ist es z.B., wenn für die Fürsorgezöglinge Turnen, Schwimmen usw. angeordnet wird. Hier liegt wirklich eine Ausbildung des Körpers ("Leibeserziehung") vor. Daß die erste Kommission zum BGB [1] die Sorge für die Gesundheit nicht zum Erziehungsrecht rechnete, ergibt sich daraus, daß sie feststellte, es sei zu eng, das der Mutter während der Ehe neben dem Vater zustehende Recht als "Erziehungsrecht" zu bezeichnen [2]. Diese Bezeichnung träfe nur eine Seite der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes; sie umfasse nicht auch die Pflege des Kindes in Krankheitsfällen [3].

Daß die Fürsorgeerziehung keine Maßnahme zur Erzielung einer besseren körperlichen Entwicklung des Kindes ist, ergab sich im übrigen früher aus § 63 I Ziff. 1 JWG [4], der ausdrücklich eine Überweisung zur Verhütung lediglich körperlicher Verwahrlosung für unzulässig erklärte. Aus der Neufassung des JWG v. 11.8.1961 ergibt sich keine abweichende Regelung. Wenn die Eltern etwa die Einwilligung zu einer für das Kind notwendigen Operation verweigern, so wird, wie in § 13 noch dargelegt werden wird, regelmäßig der Tatbestand des § 1666 BGB erfüllt sein. Die Fürsorgeerziehung ist aber keine Maßnahme nach § 1666 BGB, "sondern sie stellt gegenüber diesen Maßnahmen einen Sondertatbestand dar" [5].

Daß die Sorge für das körperliche Wohl des Kindes nicht Aufgabe der staatlichen Fürsorge ist, bedeutet natürlich nicht, daß, wenn das Kind aus anderen Gründen in Fürsorgeerziehung gekommen ist, die FEB nicht auch für die Krankenpflege des Kindes sorgen müßte. Da sich das Kind nicht bei seinen Eltern befindet, sind diese zu seiner Pflege gar nicht in der

---

1) Motive IV, S. 755.
2) Vergl. auch RGRK, § 1631 Anm. 1.
3) Die Verpflichtung der FEB in Krankheitsfällen für das Kind zu sorgen, ergibt sich, wie oben gezeigt wurde, aus anderen Gründen!
4) In der Fassung vom 4.11.1932.
5) Riedel, 3. Aufl., § 64 Anm. 14, der ausdrücklich darauf hinweist, daß durch die Verweigerung der Einwilligung zu einer Operation regelmäßig nicht die Anordnung der Fürsorgeerziehung veranlaßt werde, sondern daß hier andere Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts ausreichten.

Lage [1]. Anders liegt der Fall aber bei der Einwilligung. Sie kann auch erteilt werden, ohne daß eine räumliche Nähe von Eltern und Kind besteht [2].

Da somit die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit des Kindes nicht zu den Angelegenheiten gehört, zu deren Vornahme die FEB zuständig ist, bleibt es bei den oben dargestellten Zuständigkeiten.

II

Die Einwilligungsberechtigung bei jugendlichen Strafgefangenen

Durch den Vollzug der Jugendstrafe werden die Eltern oder die uneheliche Mutter des Verurteilten in ihrem Recht eingeschränkt, für seine Person zu sorgen. Neben ihrem Aufenthaltsbestimmungsrecht, das durch den Strafvollzug nicht ausgeübt werden kann, geht ihr Erziehungsrecht weitgehend auf die Strafvollzugsbehörde über [3].

Da die Strafe in Jugendstrafanstalten vollzogen wird, sind die Eltern auch an der tatsächlichen Pflege ihres Kindes verhindert. Für die Gesunderhaltung des Kindes hat deshalb der Gefängnisarzt [4] zu sorgen [5]. Dies gibt ihm aber nicht das Recht, mit Einwilligung der Strafvollzugsbehörde Operationen an dem Kind durchzuführen. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit steht auch den Insassen von Strafanstalten uneingeschränkt zu [6]. Es kann dabei keine Rolle spielen, ob der Strafgefangene erwachsen oder

---

1) Es sei denn, die FE würde in der eigenen Familie des Kindes durchgeführt, was nach § 69 III 2 JWG möglich ist.
2) Für Eilfälle bejaht Riedel, 3. Aufl., § 69 Anm. 7, ein Einwilligungsrecht der FEB.
3) Vergl. §§ 91, 110 JGG!
4) Vergl. z.B. § 13 JStrVO v. 1.9.1944. § 115 JGG ermächtigt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung für den Vollzug der Jugendstrafe Vorschriften u.a. über die Art der Gesundheitspflege zu erlassen.
5) Es ergibt sich aber nicht "aus dem Wesen und Zweck der Gefängnisstrafe", daß die Sorge für die Gesundheit der Strafvollzugsbehörde obliegt, wie G. Becker, S. 106 f., meint.
6) Hamann, Art. 2 Anm. B 12.

noch jugendlich ist. Im Gegensatz zum Strafvollzug bei volljährigen Personen erlangt zwar die Vollzugsbehörde ein Erziehungsrecht bei Minderjährigen. Zu diesem Erziehungsrecht gehört aber nicht, wie bereits oben für die Fürsorgeerziehungsbehörde ausgeführt wurde, die Befugnis, eine Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff zu erteilen. Der Strafvollzug hat daher ebensowenig wie die Fürsorgeerziehung Einfluß auf die Einwilligungsberechtigung [1] bei ärztlichen Eingriffen [2].

3. Kapitel

Die Grenzen der Einwilligungsbefugnis des Sorgeberechtigten

§ 13

Der Mißbrauch des Sorgerechts

Das Personensorgerecht ist den Eltern, der unehelichen Mutter und den übrigen in Betracht kommenden Personen nicht uneingeschränkt gegeben. Sie dürfen es vielmehr nur zum Wohle des Kindes ausüben. Ein Mißbrauch des Sorgerechts kann zu dessen Entziehung gemäß § 1666 BGB führen.

Hat der Inhaber der tatsächlichen Personensorge zu entscheiden, ob ein ärztlicher Eingriff an dem Kinde vorgenommen werden soll, sind theoretisch zwei Möglichkeiten gegeben, die dem Wohl des Kindes nicht entsprechen: Der Sorgeberechtigte erteilt seine Einwilligung zu einem für das Kind schädlichen Eingriff, oder er verweigert sie zu einer notwendigen Maßnahme. Der erste Fall kann bei den weiteren Betrachtungen jedoch außer acht bleiben. Erkennt der Sorgeberechtigte nicht, daß der vom Arzt vorgeschlagene Eingriff nachteilig für das Kind ist, kann von einem Miß-

---

1) Auf die einsichtsfähigen Heranwachsenden wird in § 14 eingegangen.

2) A.M.: G. Becker, S. 107. Sie nimmt ein Recht der Strafvollzugsbehörde an, alle Heilmaßnahmen an dem Kinde vornehmen zu lassen. Da sie aber die Einwilligung offensichtlich zu den Angelegenheiten der gesetzl. Vertretung, die nicht auf die Vollzugsbehörde übergehen, rechnet, verlangt sie grundsätzlich auch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

brauch des Sorgerechts, der immer Verschulden voraussetzt [1], keine Rede sein. Weiß der Sorgeberechtigte dagegen, daß die ärztliche Behandlung ungünstige Folgen für das Kind hat, ist seine Einwilligung sittenwidrig und damit nichtig [2]. Dieser Fall dürfte aber in der Praxis kaum vorkommen. Schwieriger ist die Rechtslage jedoch, wenn der Sorgeberechtigte seine Einwilligung zu einem für Gesundheit und Leben des Kindes notwendigen Eingriff verweigert. In § 1 dieser Arbeit wurde grundsätzlich ein Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen eigenen Körper, das bis zur Ablehnung der Befreiung von einem lebensgefährlichen Leiden führen darf, anerkannt. Dieses Recht, das auch die Befugnis zu einer objektiv falschen Entscheidung enthält [3], gilt aber nicht, wenn es sich um Gesundheit oder Leben eines anderen Menschen handelt. Hier dürfen nur Gesichtspunkte ausschlaggebend sein, die objektiv zu den besten Erfolgen für das Kind führen [4]. Die Verweigerung der Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff kann deshalb einen Mißbrauch des Sorgerechts i.S. von § 1666 BGB enthalten [5]. Von einigen Autoren wird hierin auch eine Vernachlässigung des Kindes i.S. von § 1666 BGB gesehen [6].

Daß man im Einzelfall einen Mißbrauch des Sorgerechts annehmen kann, ist aber an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Der Eingriff muß "nach dem Gutachten von Sachverständigen zweckdienlich und gefahrlos sein". Er darf "nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft weder mit Lebensgefahr noch mit dauernder Schädigung des Körpers verbunden sein" [7]. Besonders an den Nachweis, daß das Kind einer bestimmten Behandlung bedarf, sind strenge Anforderungen zu stellen. Müller [8]

---

1) Palandt - Lauterbach, § 1666 Anm. 2.
2) Vergl. oben § 5; ebenso Lenckner, S. 461.
3) Maunz - Dürig, Art. 2 II RdNr. 37.
4) RGSt 74, 350 (353); Noll, S. 126; vergl. auch Kahl, S. 367; Stooß, S. 30!
5) Hegner, S. 58; Thoma, S. 296; Müller, S. 303; Kuhnke, S. 527; Ansel, S. 36, 98; Engisch, ZStW 58, 44; Schlegelberger - Vogels, § 107 Anm. 7; RGRK, § 1666 Anm. 2; Roquette, S. 124, 127; Siebert - Lange, § 1666 RdNr. 18; Hübner - Drost, S. 83; Erman - Seiber, § 1666 Anm. 2 b; Lenckner, S. 460; Palandt - Lauterbach, § 1666 Anm. 5; § 1707 Anm. 2.
6) Düster, S. 113; Dietz, S. 206; Achilles-Greiff-Beitzke, § 1666, Anm. 6.
7) KGJ 46, 45 (50) = RJA 14, 91; Bergen, S. 1963; Ansel, S. 36.
8) Müller, ZBlJR 22, 304.

weist darauf hin, daß dies im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann. Bei einer Erkrankung des Kindes sind unter Umständen verschiedene Betrachtungsweisen möglich. So können Diagnose, Prognose und Behandlung voneinander abweichen. Lehnt der Sorgeberechtigte eine bestimmte Behandlungsart ab, so braucht daher darin auch dann noch kein Mißbrauch des Sorgerechts zu liegen, wenn die Sachverständigen der Ansicht sind, daß die vom Arzt vorgeschlagene Behandlungsmethode allein aussichtsreich sei. Ebenfalls stellt es nicht ohne weiteres einen Mißbrauch des Sorgerechts dar, wenn die Eltern etwa den Gefahren einer Operation zu großes Gewicht beimessen. In jeder größeren Operation ist das Risiko des Mißlingens enthalten. Im übrigen besteht auch bei guten Ärzten die Gefahr, daß sie Kunstfehler begehen. So kommt es z.B. häufig vor, daß Fremdkörper (Binden, medizinische Geräte usw.) im Körper des Patienten bei Operationen zurückgelassen werden, was dann zu weiteren Komplikationen führt.

Weiter können die Eltern geneigt sein, die Einwilligung zu verweigern, weil sie die Kosten für die ärztliche Behandlung und die Krankenpflege nicht aufbringen können. Auch hierin braucht kein Mißbrauch zu liegen. Wenn zwar auch grundsätzlich die Erhaltung der Gesundheit des Kindes finanziellen Gesichtspunkten vorgeht, muß für die Eltern doch die Möglichkeit zur Deckung der Kosten bestehen. Können sie die erforderlichen Mittel nicht aufbringen, müssen sie sich mit den zuständigen staatlichen Stellen in Verbindung setzen, um dem Vorwurf des Mißbrauchs zu entgehen [1]. Nach § 37 des BundessozialhilfeG v. 30.6.1961 ist bedürftigen Kranken Krankenhilfe zu gewähren. Träger der Sozialhilfe sind die kreisfreien Städte und die Landkreise, § 96 BSHG.

Außerdem ist zu bedenken, ob nicht sittliche Gesichtspunke die Verweigerung der Einwilligung rechtfertigen. So hat das Reichsgericht [2] entschieden, daß gegen einen Vater, der seine 15jährige Tochter auf ihre flehentlichen Bitten und auf den letzten Wunsch seiner verstorbenen Frau hin nicht in ein Krankenhaus brachte, sondern sie zu Hause ließ, nicht eingeschritten werden dürfe.

Ist bei Abwägung all dieser Gesichtspunkte in der Verweigerung der Einwilligung ein Mißbrauch des Personensorgerechts zu erblicken, so hat der Arzt nun nicht etwa das Recht, ohne Einwilligung den Eingriff vorzu-

---

1) KGJ 46, 45 (50); Bergen, S. 1963.
2) RGSt 36, 78 ff.

nehmen [1]. Der Sorgeberechtigte muß auch jetzt noch jederzeit die Möglichkeit haben, den Arzt aus der Behandlung zu entlassen und das Kind vielleicht einem anderen Arzt anzuvertrauen [2]. Besteht allerdings unmittelbare Lebensgefahr für das Kind, ist der Arzt nicht gezwungen, untätig zuzusehen, wie das Kind ihm "unter den Händen stirbt". Man wird ihn vielmehr für berechtigt halten müssen, den Eingriff auch gegen den Willen des Sorgeberechtigten vorzunehmen. In der Literatur wird die Rechtfertigung des Arztes in diesen Fällen häufig mit einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Willen des Geschäftsherrn i.S. von § 679 BGB begründet [3]. Nach dieser Ansicht soll die Einwilligung einen Teil der gesetzlichen Unterhaltspflicht darstellen. Bei ihrer Verweigerung soll der Sorgeberechtigte seine Unterhaltsverpflichtung nicht rechtzeitig erfüllen. Hierzu ist zu sagen, daß sich aus § 679 BGB die Rechtfertigung des Arztes nicht immer ergeben kann. Selbst wenn man keine Bedenken haben sollte, die Einwilligung zur Unterhaltspflicht zu zählen, werden hiervon nicht die Fälle gedeckt, in denen der Einwilligungsberechtigte nicht gleichzeitig Unterhaltspflichtiger ist. Diese Situation liegt z.B. in der Regel vor, wenn die Einwilligung vom Vormund zu erteilen ist.

Engisch [4] hält "für manche Fälle ein Operieren mit der Notwehrbestimmung für denkbar", da die Verweigerung der Einwilligung einen gegenwärtigen Angriff auf Leib oder Leben des Kindes bedeuten könne. Besser ist es wohl, in diesen Fällen die Tat des Arztes aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands für gerechtfertigt zu halten [5]. Aber auch bei Gefahr im Verzuge besteht keine Pflicht für den Arzt zur Behandlung des Kindes, was das Reichsgericht [6] in einer Entscheidung während der

---

1) Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 109; Göppinger, S. 89.
2) Schmidt, Monatsschrift für Kriminalbiologie 33, S. 97, 99.
3) Zitelmann, S. 113; Baehr, S. 57; RGRK, § 679 Anm. 4; Palandt - Gramm, § 679 Anm. 2 c; Bühring, S. 49 (für analoge Anwendung des § 679).
4) Engisch, ZStW 58, S. 44, Fußnote 98.
5) RGSt 74, 350 (353); Geerds, Diss., S. 96; Blume, Diss., S. 35, nimmt an, die Tat des Arztes sei gerechtfertigt, wenn ein Notstand (§ 54 StGB) vorliege. § 54 setzt aber voraus, daß eine Gefahr für den Arzt oder seine Angehörigen besteht (vergl. auch Eichler, S. 15).
6) RGSt 74, 350 (354) - Urteil v. 4.11.1940 -: "Aus dem Rechtsgrund der persönlichen Beziehung (gemeint ist zwischen Kind und Arzt)

Zeit des Nationalsozialismus andeutete [1]. Stirbt das Kind, weil die erforderliche Operation nicht vorgenommen wurde, kann dem Arzt kein Vorwurf wegen fahrlässiger Tötung gemacht werden. Man wird den Arzt lediglich aus der allgemeinen Nothilfepflicht des § 330 c StGB für verpflichtet halten müssen, die Behörden zum Einschreiten anzurufen, soweit hierzu noch Gelegenheit besteht [2].

Erhält das Vormundschaftsgericht z.B. durch den Arzt, das Jugendamt (§ 1694 BGB), Verwandte oder Nachbarn des Kindes Kenntnis davon, daß der Sorgeberechtigte die Einwilligung zu einer Operation verweigert, hat es unter den oben geschilderten Gesichtspunkten zu prüfen, ob ein Mißbrauch des Sorgerechts vorliegt. Bejaht es einen Mißbrauch, so hat es gemäß § 1666 BGB die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Hierbei kommt es darauf an, wem das Sorgerecht zusteht.

Verweigert bei ehelichen Kindern nur ein Elternteil die Einwilligung, so wird ihm das Vormundschaftsgericht das Recht, über die Operation zu bestimmen, entziehen [3] und gleichzeitig anordnen, daß die Entscheidung über die ärztliche Maßnahme dem anderen Teil allein zusteht, §§ 1680 i.V.m. § 1679 BGB [4]. Sind beide Eltern gegen den Eingriff, muß das Vormundschaftsgericht beiden Eltern das Entscheidungsrecht entziehen und gemäß § 1909 BGB einen Pfleger für das Kind bestellen, der über die ärztliche Behandlung des Kindes zu befinden hat [5]. Da die einzige Aufgabe des Pflegers darin besteht, seine Einwilligung zu der Krankenbehandlung des Kindes zu geben, bereitet es in der Praxis keine großen Schwierigkeiten, rasch eine geeignete Person für das Amt des Pflegers zu finden. Kommen keine Verwandte oder Bekannte des Kindes in Betracht, so wird in der Regel ein Beamter des Jugendamts oder der Justiz zum Pfleger bestellt.

---

kann sich nach gesundem Volksempfinden eine Fürsorgepflicht ergeben".

1) Engisch, Rechtl. Bedeutung der ärztl. Operation, S. 16.
2) Schmidt, Monatsschrift für Kriminalbiologie 33, S. 97, 99.
3) Ein Entzug des ganzen Personensorgerechts ist nicht zulässig, wenn die Entziehung des Einwilligungsrechts zum Wohle des Kindes ausreicht (Kuhnke, S. 528).
4) Vergl. Palandt - Lauterbach, § 1666 Anm. 4.
5) KGJ 46, 45 (47) = RJA 14, 91; Thoma, S. 296; Kuhnke, S. 528.

Wenn das Vormundschaftsgericht der unehelichen Mutter das Recht, über den ärztlichen Eingriff zu entscheiden, nimmt, geht dieses Recht, ohne daß es einer besonderen Übertragung bedarf, auf den Vormund über [1]. Es gilt hier das bezüglich der Verhinderung der Mutter Gesagte entsprechend [2]. Steht allerdings der Mutter auch die Vormundschaft über ihr Kind zu [3], wird es sich nicht vertreten lassen, daß sie als Vormund weiterhin die Entscheidung über den Eingriff ausüben soll. Regelmäßig werden daher die Voraussetzungen des § 1886 BGB (pflichtwidriges Verhalten des Vormunds, das das Wohl des Kindes gefährdet) vorliegen. Da das Gesetz eine teilweise Entlassung des Vormunds nicht kennt, muß die Mutter in diesen Fällen aus dem Amt des Vormunds entlassen werden [4]. Bis ein neuer Vormund für das Kind bestellt ist, hat das Vormundschaftsgericht eine Pflegschaft für das Kind anzuordnen, § 1909 III BGB. - Hat die Mutter gemäß § 1707 II BGB die elterliche Gewalt über ihr Kind erhalten, ist ihr das Recht, über den ärztlichen Eingriff zu bestimmen, zu entziehen und ein Pfleger zu bestellen.

Im Verfahren gemäß § 1666 BGB ist das Vormundschaftsgericht berechtigt, vorläufige Maßnahmen zu treffen [5]. Es darf jedoch nicht die Operation des Kindes anordnen. Eine vorläufige, nur auf vorübergehende Zeit berechnete Regelung darf nicht soweit gehen, daß für die endgültige Entscheidung kein Raum mehr bleibt, anderenfalls würden Zweck und Ziel der Entscheidung bereits durch die vorläufige Maßregel erreicht [6]. Eine andere Meinung wird man aber für Eilfälle vertreten müssen. Hier wird man ein Einwilligungsrecht des Vormundschaftsgerichts bejahen müssen [7], da anderenfalls dem Arzt das Entscheidungsrecht zufiele [8].

---

1) KG, JFG 9, 48 (50); OLG München, JFG 16, 205 (207); LG Lübeck, FamRZ 55, 270; Ansel, S. 97; Erman - Hefermehl, § 1707 Anm. 2; Achilles - Greiff - Beitzke, § 1666 Anm. 17; ders., Familienrecht, § 33 I 4 c (S. 187); Palandt - Lauterbach, § 1707 Anm. 2.
2) Vergl. oben § 10 II !
3) Ob die Mutter nach dem 1.1.1962 noch zum Vormund über ihr Kind bestellt werden kann, ist fraglich. Sie hat jetzt die Möglichkeit, auf Antrag die elterliche Gewalt zu erhalten.
4) KG, JFG 15, 231 (233); Palandt - Lauterbach, § 1707 Anm. 2.
5) KGJ 45, 29; KGJ 46, 45 (46); Ansel, S. 98.
6) KGJ 46, 45 (46).
7) So Kuhnke, S. 528.
8) Vergl. oben S. 84 !

§ 14

Das eigene Einwilligungsrecht des Minderjährigen

In den bisherigen Ausführungen war nur von der Einwilligung zu Heileingriffen bei einem Kinde, das die ärztliche Maßnahme noch nicht beurteilen kann, die Rede. Es müssen nunmehr die Fälle untersucht werden, in denen der Eingriff an einem Minderjährigen, der die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, vorgenommen werden soll.

Ob der Minderjährige, der in der Lage ist, die Tragweite des vom Arzt vorgeschlagenen Eingriffs zu beurteilen, dem Arzt selbst eine wirksame Einwilligung erteilen kann oder ob hierzu volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, ist seit langem sehr umstritten.

I

Schwierigkeiten bei der Lösung dieser Frage ergeben sich in Literatur und Rechtsprechung einmal daraus, daß die Einwilligung entweder als Rechtsgeschäft angesehen wird oder auf sie alle Vorschriften über Rechtsgeschäfte analog angewendet werden. Nimmt man an, die Einwilligung bringe dem Minderjährigen "nicht lediglich rechtlichen Vorteil" [1], kommt man hier zu einer Anwendung der §§ 107, 111 BGB [2]. Da man auf die Einwilligung nicht die Vorschriften über Verträge, sondern nur die Bestimmungen über einseitige Rechtsgeschäfte analog anwenden könnte, hätte dies zur Folge, daß der Minderjährige seine Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff gemäß § 111 BGB nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abgeben könnte.

---

1) Der rechtliche Vorteil wird verneint, da die Einwilligung die Möglichkeit nehme, den Arzt strafrechtlich zu verfolgen und Schadensersatzansprüche gegen ihn zu erheben (vergl. Merkel, S. 51 !).

2) So OLG Darmstadt, Seuff. Archiv 62, Nr. 157; RG, JW 1911, S. 748; Zitelmann, S. 62; Planck - Flad, § 107 Anm. I 4; Lehmann, HdwRw IV, S. 212; Baehr, S. 45; Bremer, S. 45; Kuhnke, S. 528; Schlegelberger - Vogels, § 107 Anm. 7; Erman - Westermann, § 107 Anm. 1; Enneccerus - Nipperdey, AT, § 151 II 1 e (S. 933); Baur, S. 159; wohl auch Beitzke, Familienrecht, § 27 I (S. 154).

Folgt man der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, daß die Einwilligung einen Akt der tatsächlichen Personensorge darstellt, kommt eine analoge Anwendung der §§ 107, 111 BGB nicht in Frage, da sich anderenfalls eine Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters ergäbe. Die Erteilung der Einwilligung fällt aber nicht, wie oben nachgewiesen wurde, in seinen Zuständigkeitsbereich.

Eine andere Frage ist dagegen, ob man nicht bei Minderjährigkeit des Patienten die Einwilligung des Inhabers der tatsächlichen Personensorge verlangen muß [1]. Es ist zu überlegen, ob nicht die Grundgedanken des § 1626 BGB, die für einseitige Erklärungen des Minderjährigen gegenüber Dritten in den §§ 107, 111 BGB eine nähere Ausgestaltung erfahren haben, auf die Einwilligung Anwendung finden sollen.

1) Die §§ 107, 111 BGB bezwecken in erster Linie den Schutz des Minderjährigen [2]. Er soll davor bewahrt bleiben, daß er rechtsgeschäftliche Erklärungen abgibt, deren Folgen er nicht überblicken kann. Falls man diesen Schutzgedanken der §§ 107, 111 BGB auf die Einwilligung anwenden will, so kann hierfür wohl kaum ausschlaggebend sein, den Minderjährigen vor den rechtlichen Folgen der Einwilligung (Rechtfertigung der Handlung des Arztes) zu schützen. Entscheidend dürfte vielmehr sein, daß man ihm nicht die Fähigkeit zutrauen will, die tatsächlichen Folgen des Eingriffs des Arztes (z.B. Schmerzen, Verlust von Gliedmaßen usw.) richtig beurteilen zu können. Dieser Gesichtspunkt ist z.B. auch für Nipperdey bestimmend [3], der die Ansicht vertritt, wenn das Gesetz nicht einmal einen Minderjährigen für fähig halte, einen kleinen Kreditkauf abzuschließen, dann dürfte man erst recht nicht die Entscheidung darüber, ob eine schwere Operation vorgenommen werden solle oder nicht, in seine Hände legen. Es ist allerdings Nipperdey darin zuzustimmen, daß die Entscheidung eines Zwanzigjährigen darüber, ob sein Bein amputiert werden soll, für ihn wesentlich folgenreicher ist als die Entscheidung darüber, ob er einige Monate lang die Kaufpreisraten für ein Moped aufbringen will.

---

1) Die Gründe dafür, daß es bei der Einwilligung des Sorgeberechtigten nicht auf dessen Geschäftsfähigkeit ankommt, wurden in den §§ 10, 11 dargestellt.

2) BGHZ 29, 33 (36).

3) Enneccerus - Nipperdey, AT, § 151 II 1 e (S. 933); vergl. auch Baur, S. 159.

Es ist aber m.E. nicht zutreffend, wenn Nipperdey hieraus folgert, der Schutz des Minderjährigen erfordere, daß für ihn die Eltern die Einwilligung zu erteilen hätten. Der Schutzgedanke der §§ 107 ff. BGB findet bei der Abgabe der Einwilligung auch dann Berücksichtigung, wenn man auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit abstellt. Kann der Minderjährige die Tragweite des Eingriffs beurteilen, so bedarf er unabhängig davon, ob er geschäftsfähig ist oder nicht, keines Schutzes [1].

2) Indem das Gesetz für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften auf die Vollendung des 21. Lebensjahres eines Menschen abstellt, bezweckt es jedoch nicht nur seinen Schutz. Für den Schutz des Minderjährigen hätte ein Abstellen auf seine Einsichtsfähigkeit ausgereicht. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr im Interesse des Rechtsverkehrs für die Festsetzung einer Altersgrenze entschieden. Der Vertragspartner soll der Prüfung enthoben sein, ob der Minderjährige die Einsichtsfähigkeit besitzt oder nicht. Das Sozialleben erfordert die Ziehung von festen Grenzen [2]. Soll man nun diesen Rechtsgedanken im Interesse des Arztes auch auf die Einwilligung anwenden? Ist es wirklich unzumutbar, den Arzt die Einsichtsfähigkeit des jugendlichen Kranken prüfen zu lassen? [3] Man kann diese Fragen nur dann bejahen, wenn man das Interesse des Arztes, dessen Handlung bei irrtümlicher Annahme der Einsichtsfähigkeit des Patienten rechtswidrig wäre, höher bewertet als das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen über seine körperliche Unversehrtheit. Dies ist aber m.E. nicht möglich.

Schon in der älteren Literatur wurde es vielfach als unbefriedigend empfunden, daß der Jugendliche erst mit 21 Jahren die Möglichkeit haben sollte, Entscheidungen über Eingriffe in seine körperliche Integrität zu treffen. Fischer [4] und Thoma [5] waren der Ansicht, daß neben der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch das Einverständnis des Minderjährigen erforderlich sei. Kohler [6] wollte dem Minderjährigen bei leichten Eingriffen (z.B. Zahnziehen) ein eigenes Einwilligungsrecht geben; bei anderen Eingriffen sollte er wenigstens ein Einspruchsrecht haben und die Möglich-

---

1) BGHZ 29, 33 (36).
2) Vergl. Gernhuber, S. 93!
3) Vergl. aber Luther, S. 81; Gernhuber, S. 94!
4) Fischer, S. 277.
5) Thoma, S. 296.
6) Kohler, § 94 (S. 416, Fußnote 1).

keit, eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen. v. Tuhr [1] stellte schon auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen ab.

Heute muß bei der Lösung der Frage davon ausgegangen werden, daß Art. 2 GG jedem Menschen das Recht auf körperliche Unversehrtheit garantiert. Hierbei ergeben sich allerdings folgende Schwierigkeiten: Während es allgemeine Meinung ist, daß dieses Grundrecht jedem Menschen ohne Rücksicht auf sein Alter oder seine geistigen Fähigkeiten zusteht, ist es außerordentlich streitig, wann ein Mensch dieses Grundrecht selbständig geltend machen kann. Diese Frage ist im Grundgesetz nicht geregelt. In der Literatur [2] wird die Fähigkeit, Grundrechte selbständig ausüben zu können, im Anschluß an Hildegard Krüger [3] mit "Grundrechtsmündigkeit' im Gegensatz zur "Grundrechtszuständigkeit" bezeichnet. Grundrechtsmündigkeit bei einem Jugendlichen soll dann gegeben sein, wenn er die genügende Reife besitzt, ein Grundrecht geltend zu machen. Die Grundrechtsmündigkeit bezüglich Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit ist also dann vorhanden, wenn die oben erörterte Einsichts- und Beurteilungsfähigkeit besteht. Streitig ist allerdings, ob die Grundrechtsmündigkeit auch für das Zivilrecht Bedeutung hat. Es taucht hier das Problem der sog. "Drittwirkung der Grundrechte" [4] auf. Die Grundrechte richten sich, worauf vor allem in der verfassungsrechtlichen Literatur [5] immer wieder hingewiesen wird, in erster Linie gegen den Staat. Der Verfassungsgesetzgeber hat nicht beabsichtigt, durch die Grundrechte eine Änderung der bürgerlichen Rechtsordnung herbeizuführen. Wenn auch dieser Ansicht grundsätzlich zu folgen ist, so ist doch festzustellen, daß durch das Grundgesetz eine Wertordnung aufgestellt worden ist, die auch im Zivilrecht Beachtung zu finden hat. Für die hier interessierende Frage hat dies folgende Bedeutung: Der Gesetzgeber hat an die Spitze unserer Wertordnung die Persönlichkeit des Menschen gestellt, deren äußere Erscheinungsform, wie bereits ausgeführt wurde, der Körper ist. Die Interessen des Rechts-

---

1) v. Tuhr, AT II, S. 343.
2) Maunz - Dürig, Art. 19 III RdNr. 20; Angerer, S. 2.
3) Krüger, FamRZ 1956, 329.
4) Auf die umfangreiche Literatur zu diesem Problem kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Vergl. die Literaturangaben bei Maunz - Dürig, Art. 1 III RdNr. 129, Fußnote 1; Angerer, S. 188, 189.
5) Maunz - Dürig, Art. 2 I RdNr. 59, Fußn. 1.

verkehrs an der Ziehung von festen Altersgrenzen [1], kann daher nicht höher bewertet werden, als das Recht des Minderjährigen auf Selbstbestimmung über Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit [2]. Im Strafrecht ist es heute allgemeine Meinung, daß es bei der Einwilligung zu Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter nicht auf die Geschäftsfähigkeit des Verletzten ankomme [3]. Auch im Zivilrecht setzt sich diese Ansicht immer mehr durch [4].

3) In Literatur und Rechtsprechung wird weiter die Frage erörtert, ob einem eigenen Einwilligungsrecht des Minderjährigen das Personensorgerecht des elterlichen Gewalthabers entgegenstehe [5].

---

1) Auf die Fälle, in denen die Einwilligungsfähigkeit zweifelhaft ist, soll hier noch nicht eingegangen werden.
2) OLG München, NJW 1958, 633 (634); Schnitzerling, S. 704.
3) So ausdrücklich Schönke - Schröder, Vorbem. III 7 vor § 51; Lenckner, S. 457. Für Einwilligungsrecht des Minderjährigen auch: Honig, S. 170; Gerland, HdwRw II, S. 217; Mühlmann, S. 29; Otte, S. 32; Engisch, ZStW 58, 38; ders., Rechtl. Bedeutung der ärztl. Operation, S. 14; Mezger, Lehrbuch, § 28 II 1 (S. 210); ders., LK, Vorbem. 10 e aa und bb vor § 51; Mayer, § 24 II 2a; Maurach, AT, § 28 I 2 b (S. 267); Baumann, Strafrecht, § 21 II 4 (S. 240); Kohlrausch - Lange, Vorbem. II 3 vor § 51; Schwarz - Dreher, Vorbem. 2 B a vor § 51. - Vergl. auch RGSt 72, 399 (Tötungsverlangen, § 216 StGB, eines 18-jährigen); RGSt 71, 349 (Einwilligung eines 14-jährigen zu unzüchtigen Handlungen); RGSt 41, 392 (Einwilligung eines Minderj. in ehrenkränkende Handlungen).
4) Staudinger - Coing, § 107 Anm. 8 (RdNr. 11); Siebert - Seydel, § 107 Anm. 2; Siebert - Schräder, § 823 RdNr. 83; Siebert - Lange, § 1626 RdNr. 13; RGRK, § 106 Anm. 6; Boehmer, MDR 59, 705 ff.; Lange, BGB AT, § 44 II 1, S. 278 (in der 1. Aufl., S. 268, ließ er die Frage noch offen); Palandt - Danckelmann, § 107 Anm. 3; BGHZ 29, 33 (36); BGH, NJW 61, 657; OLG Celle, MDR 60, 136 f.; LG Tübingen, NJW 60, 1390.
5) Vergl. Luther, S. 82!

Hierzu ist aber zu sagen, daß Akte der tatsächlichen Personensorge im Gegensatz zu denen der gesetzlichen Vertretung nicht grundsätzlich bis zum 21. Lebensjahr für das Kind vorzunehmen sind, sondern nur, solange hierfür ein Bedürfnis besteht. Dies ergibt sich daraus, daß die elterliche Gewalt - das gleiche gilt auch für das tatsächliche Personensorgerecht der unehelichen Mutter - lediglich eine Schutzgewalt darstellt [1]. Ein Schutzinstitut kann aber nur so lange bestehen, als jemand des Schutzes bedarf [2]. Eine darüber hinausgehende Ausübung des Sorgerechts würde ein Mißbrauch des Sorgerechts sein [3]. Kann also der Minderjährige selbständig die Bedeutung des ärztlichen Eingriffs beurteilen, ist für eine Sorgehandlung seiner Eltern kein Raum. Wenn der BGH [4] ausführt, dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen stehe das elterliche Personensorgerecht jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Einholung ihrer Zustimmung undurchführbar sei [5] und der Minderjährige unmittelbar vor Vollendung des 21. Lebensjahres stehe, ist dies zum mindesten mißverständlich. Das Sorgerecht ist den Eltern nur zum Wohl des Kindes gegeben. Es kann daher auch nicht "entgegenstehen", wenn das Kind der Sorge nicht bedarf [6]. Aus dem gleichen Grunde ist es auch nicht möglich, daß die Einwilligung des Minderjährigen zu einer "Aushöhlung der elterlichen Gewalt", was Bosch [7] zu bedenken gibt, führt. Es könnte höchstens, falls die Einwilligung ein Rechtsgeschäft wäre, eine "Aushöhlung" der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit mit sich bringen. In diesem Zusammenhang

---

1) Vergl. bezügl. der Wandelung der Anschauung über die elterl. Gewalt vom Beherrschungsrecht zur Schutzgewalt, Gernhuber, S. 89 ! Im übrigen s. auch Motive IV, S. 724; Fohr, S. 378 f.; Wedermann, S. 103; Opet - v. Blume, Vorbem. 5 vor § 1626; Heckel, S. 35; Hoffman, S. 4; RGRK, Vorbem. 1 vor § 1616 ; Roth, S. 3; Achilles - Greiff - Beitzke, Vorbem. 1 vor § 1626; Angerer, S. 20!

2) Motive IV, S. 726; Ohland, S. 54; Angerer, S. 20.

3) Motive IV, S. 726.

4) BGHZ 29, 33 (37).

5) In dem vom BGH entschiedenen Fall lebten die Eltern in der SBZ und die Flucht des Minderjährigen in die Bundesrepublik sollte dort nicht bekannt werden.

6) So auch Boehmer, MDR 1959, 707, in seiner Besprechung des Urteils.

7) Bosch, FamRZ 1959, S. 203.

kann auch das Problem der Drittwirkung der Grundrechte keine Rolle spielen. Es wird in der Literatur vielfach erörtert, ob das Kind sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit auch gegen die Eltern geltend machen kann, wenn es grundrechtsmündig ist. Weiter ist das Verhältnis des Rechts des Kindes aus Art. 2 I GG zu dem "natürlichen" Elternrecht aus Art. 6 II GG streitig. So stellt z.B. Dürig [1] fest, das Grundgesetz habe an der Maßgeblichkeit des Einwilligungsrechts der Eltern nichts geändert, da sich das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit nicht als Kampfrecht gegen die Eltern richten dürfe. Von einem Kampfrecht kann aber keine Rede sein. Besitzt der Jugendliche die Einsichtsfähigkeit, ist die Einwilligungsberechtigung der Eltern erloschen; ist dagegen seine Einsichtsfähigkeit noch nicht vorhanden, ist seine Meinung unbeachtlich und der Wille der Eltern entscheidend [2]. Neuerdings weist Gernhuber [3] darauf hin, daß die elterliche Gewalt "eher als Bestandteil denn als Gegenspieler des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" des Kindes aufzufassen sei. Art. 2 I GG nehme die elterliche Gewalt als Mittel zur sinnvollen Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes in sich auf. Als Mittel zu einem Art. 2 I GG entsprechenden Zweck dürfe die elterliche Gewalt daher nicht länger binden, als es der Zweck fordere. Gernhuber ist mit Recht der Ansicht, daß "eine ihrem sinngebenden Prinzip konsequent folgende, jedem Vorwurf einer zwecküberschreitenden Bindung der Heranwachsenden entzogene elterliche Gewalt nur gegeben ist, wenn der wachsenden Reife des Jugendlichen im jeweiligen Einzelfall Rechnung getragen wird mit einer den Reifephasen getreulich folgenden Verminderung der elterlichen Befugnisse".

Richtet sich das Einwilligungsrecht des Minderjährigen bzw. seines Personensorgeberechtigten danach, ob der Minderjährige die notwendige Einsichts- und Beurteilungsfähigkeit bezüglich des ärztlichen Eingriffs besitzt oder nicht, so kann grundsätzlich nur eine Entscheidungszuständigkeit gegeben sein. Uneingeschränkt gilt dies allerdings nur, soweit die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen feststeht. Auf die Schwierigkeiten, die diese Feststellung bereiten kann, wird noch einzugehen sein. Bestehen aber im Einzelfall keine Zweifel an der Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen, so

---

1) Maunz - Dürig, Art. 2 Abs. 1 RdNr. 59 (Fußnote 1), Art. 2 Abs. 2 RdNr. 37.
2) Angerer, S. 24.
3) Gernhuber, S. 92.

kann auch das in Literatur [1] und Rechtsprechung erörterte Problem, wann eine Weigerung des Jugendlichen gegen eine von den Eltern genehmigte Operation beachtlich ist, nicht auftauchen. So hatte z.B. das OLG Celle[2] in einem Fall zu prüfen, ob der Widerspruch einer Minderjährigen gegen eine Schwangerschaftsunterbrechung, in die ihr Vormund eingewilligt hatte, erheblich sei. Hatte hier das Mädchen eine genügende Vorstellung von der Tragweite seiner Erklärung [3], so war die Einwilligung des Vormunds bedeutungslos. Der Arzt hätte also seine Einwilligung und nicht die des Vormunds einholen müssen. Hätte der Arzt den Eingriff vorgenommen, obwohl er erkannte, daß das Mädchen einwilligungsfähig war, so wäre seine Handlung rechtswidrig und schuldhaft gewesen.

II

Die Feststellung, ob ein Minderjähriger nun im Einzelfall die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezüglich eines ärztlichen Eingriffs besitzt, kann im Einzelfall außerordentlich schwierig sein. Es ist daher verschiedentlich versucht worden, für die Einwilligungsfähigkeit bestimmte Altersstufen aufzustellen. So sind manche Autoren der Ansicht, daß die Einwilligungsfähigkeit bei einem Kinde, das das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, immer zu verneinen sei [4]. Als obere Grenze, an der die Einwilligungsfähigkeit immer vorhanden sein soll, wird dagegen vielfach die Vollendung des 18. Lebensjahres angesehen [5]. Luther [6] stellt auf die "soziale Reife" des Jugendlichen ab, die mit Vollendung des 20. Lebensjahres gegeben sein soll.

---

1) Vergl. Cohn, S. 355; Kohler, § 94 (S. 416, Fußnote 1) !
2) OLG Celle, Beschluß v. 2.10.59, MDR 1960, S. 136.
3) Man wird H. Krüger, GlBerG-Komm., Einl. 285, zustimmen müssen, daß gerade bei der Frage, ob das Leben des Kindes zugunsten der Mutter geopfert werden solle, nach Möglichkeit die Einsichtsfähigkeit der Schwangeren zu bejahen ist und ihrem Willen entsprochen wird. Schnitzerling, S. 704, weist darauf hin, daß die Tochter durch die Schwangerschaft in einen neuen Pflichtenkreis eintrete.
4) Brückmann, S. 705; Cohn, S. 356.
5) Otte, S. 31; Mezger, LK, Vorbem. 10 e bb vor § 51; H. Krüger, FamRZ 1956, S. 334.
6) Luther, S. 82.

Die in der Literatur aufgestellten Altersstufen sind jedoch nicht geeignet, in der Praxis für alle Fälle eine befriedigende Lösung zu bringen. Durch die Festlegung einer oberen und unteren Altersgrenze würden aus dem Problemkreis sowieso nur die Fälle ausgeschieden, in denen die Kinder die untere Grenze noch nicht erreicht bzw. die obere Grenze überschritten haben. Bei allen übrigen Jugendlichen müßte geprüft werden, ob im konkreten Fall Einsichtsfähigkeit gegeben ist oder nicht. Die Festlegung von Altersgrenzen ist aber vor allem im Interesse der von ihr betroffenen Jugendlichen nicht empfehlenswert. Es ist zwar zutreffend, daß die Einwilligungsfähigkeit bei Kindern, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wohl nie vorliegen wird. Die untere Grenze dürfte hiermit sogar zu niedrig angesetzt sein. Es geht auch zu weit, die Einwilligungsfähigkeit bei allen Jugendlichen, die über 18 Jahre alt sind, zu bejahen. Auch hier sind Fälle denkbar, in denen der Minderjährige die Tragweite und Gefahren des ärztlichen Eingriffs noch nicht beurteilen kann. Die Gründe, die für die Festsetzung des 18. Lebensjahres als oberer Grenze vorgebracht werden, sind nicht überzeugend.

Es wird z.B. auf das 18. Lebensjahr abgestellt, weil der Minderjährige von diesem Alter an Strafantrag stellen kann. Hierzu ist zu sagen, daß dieser Fall mit der Einwilligungsfähigkeit nicht vergleichbar ist. Daß der Jugendliche mit 18 Jahren gegen den Arzt, der ihn eigenmächtig operiert hat, Strafantrag stellen darf, bedeutet noch nicht, daß nur er der Handlung des Arztes die Rechtswidrigkeit nehmen konnte. Es erfordert weit geringere geistige Fähigkeiten, zu sagen, daß eine Tat bestraft werden soll, als eine Handlung zu beurteilen, die erst begangen werden soll [1]. Weiter wird das 18. Lebensjahr als obere Grenze angesehen, weil der Minderjährige von diesem Alter an strafrechtlich voll verantwortlich sein soll. Auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit kann jedoch ebenfalls nicht abgestellt werden. Dies ergibt sich schon aus § 105 Abs. 1 Ziff. 1 JGG, der auf Heranwachsende noch die Anwendung von Jugendstrafrecht zuläßt, wenn der Täter seiner geistigen und sittlichen Entwicklung nach einem Jugendlichen gleichstand. Das Gesetz berücksichtigt also ausdrücklich eine späte Entwicklung des Kindes. Jeder, der einmal mit Jugendstrafsachen befaßt war, weiß, wie häufig in der Praxis von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht wird.

Auch mit einem Hinweis auf die §§ 17 IV SoldatenG, 17 IV WehrpflichtG kann die generelle Einsichtsfähigkeit 18jähriger nicht begründet

---

1) Alsen, S. 9; vergl. auch Keßler, S. 19 !

werden. Nach diesen Bestimmungen dürfen an Soldaten und Wehrpflichtigen bei der Musterung ärztliche Behandlungen nur mit ihrer Zustimmung vorgenommen werden. Da die Wehrpflicht mit Vollendung des 18. Lebensjahres beginnt, kommt es also u.U. auf den Willen eines 18jährigen an. Die genannten Vorschriften enthalten jedoch gesetzliche Sonderregelungen, in denen der besondere Lebenskreis, in den der Soldat oder Wehrpflichtige eintritt, Berücksichtigung findet.

Ist demnach die Ziehung von festen Altersgrenzen nicht möglich, muß, wie oben schon bei der Prüfung des Einwilligungsrechts der minderjährigen, unehelichen Mutter festgestellt wurde, von Fall zu Fall entschieden werden, ob die Einsichtsfähigkeit vorhanden ist oder nicht [1]. Hierbei ist auch die Schwere des Eingriffs zu berücksichtigen. Es ist z.B. möglich, daß bei einem Jugendlichen die Einsichtsfähigkeit gegeben ist, wenn der Arzt nur einen Zahn ziehen will, daß der gleiche Jugendliche aber die Tragweite einer Beinamputation noch nicht beurteilen kann.

Verweigert der Minderjährige aus völlig unsachlichen Motiven seine Einwilligung zu einer für seine Gesundheit oder sein Leben unbedingt notwendige Operation, so kann dies ein Zeichen dafür sein, daß ihm die erforderliche Einsicht fehlt. Man wird hier nicht annehmen können, daß das Kind sich bewußt ist, was es bedeutet, die Folgen einer objektiven Fehlentscheidung tragen zu müssen. In diesen Fällen bedarf es deshalb des Schutzes, und die Sorgeberechtigten haben für es zu handeln.

Schwierigkeiten bereiten aber die Fälle, in denen es sich für den Arzt nicht mit Sicherheit feststellen läßt, ob der Minderjährige die Einwilligungsfähigkeit besitzt. Hier wird er nach Möglichkeit die Einwilligung des Jugendlichen und seines Sorgeberechtigten einzuholen haben. Da einer von beiden auf jeden Fall einwilligungsberechtigt ist, ist seine Handlung dann immer rechtmäßig. Problematisch bleiben aber die Fälle, in denen der Minderjährige und der Sorgeberechtigte verschiedene Ansichten bezüglich des vom Arzt vorgeschlagenen Eingriffs vertreten, d.h., wenn der eine seine Einwilligung erteilt, der andere sie aber verweigert.

---

1) Kiehl, S. 388; Cohn, S. 357; Traeger, S. 151; Bühring, S. 45; Blume, Diss., S. 34; Mezger, Lehrbuch, S. 210; ders., LK, Vorbem. 10 e bb vor § 51; Noll, S. 124; Engisch, Rechtl. Bedeutung der Operation, S. 14; Lenckner, S. 458; Kohlrausch - Lange, Vorbem. II 3 vor § 51; Schönke - Schröder, Vorbem. III 7 vor § 51.

Hier wird der Arzt notfalls einen Jugendpsychologen hinzuziehen müssen, der zu prüfen hat, ob der Jugendliche die Tragweite des Eingriffs beurteilen kann. Wenn allerdings Gefahr im Verzuge ist, so ist auch dies keine Lösung. M.E. wird der Arzt aber dann zur Abwehr einer unmittelbaren Gefahr für das Leben des Kindes die Operation vornehmen dürfen, auch ohne daß endgültig feststeht, ob der Minderjährige einsichtsfähig ist oder nicht. Stellt sich später heraus, daß derjenige einwilligungsberechtigt war, der die Einwilligung erteilt hat, ist die Handlung des Arztes durch die Einwilligung gerechtfertigt. Ergibt sich dagegen z.B., daß der Jugendliche, der die Einwilligung verweigert hat, einsichtsfähig war, muß die Handlung des Arztes m.E. aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes für gerechtfertigt angesehen werden. Für den Arzt lag hier ein Fall der Pflichtenkollision vor. Hätte er den Eingriff unterlassen, so wäre er Gefahr gelaufen, daß er dem Willen eines Kindes folgte, das sich über die Tragweite seiner Entscheidung nicht im klaren war. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß in der Praxis die Fälle, in denen die Ansichten von Eltern und Kind einander widersprechen, nicht häufig sein dürften. In der Regel werden wohl die Eltern und der Jugendliche den vom Arzt vorgeschlagenen Eingriff miteinander besprechen und gemeinsam einen Entschluß fassen.

III

Die in dieser Arbeit vertretene Ansicht, daß die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen bei nicht einsichtsfähigen Kindern einen Akt der tatsächlichen Personensorge darstellt, birgt Gefahren in sich, wenn die Personensorge endet, bevor die Einsichtsfähigkeit vorhanden ist. Dieser Fall kann u.U. bei der verheirateten, minderjährigen Tochter eintreten. Die tatsächliche Personensorge endet hier mit ihrer Heirat, § 1633 BGB (vergl. oben S. 37 !). In der Regel wird man zwar Hildegard Krüger [1] recht geben müssen, daß eine verheiratete Frau fähig ist, die Tragweite eines vom Arzt vorgeschlagenen Eingriffs zu beurteilen. Da aber oft auch sehr junge

---

1) Krüger, GlBerG-Komm., Einl. RdNr. 285;
für Einwilligungsrecht der verh. minderjährigen Tochter auch Siebert - Lange, § 1626 RdNr. 13.

Mädchen heiraten [1], kann im Einzelfall einmal das Gegenteil eintreten. Stellt der Arzt fest, daß die Frau die erforderliche Einsichtsfähigkeit nicht besitzt, erhebt sich die Frage, wer für sie die Einwilligung zu geben hat. Denkbar wären zwei Möglichkeiten: Entweder läßt man die Personen, die vor ihrer Heirat zur tatsächlichen Personensorge berechtigt waren, die Einwilligung erteilen oder es muß ein Pfleger für sie bestellt werden. Als Pfleger käme z.B. ihr Ehemann in Betracht [2]. Eine Pflegerbestellung ist aber m.E. nicht notwendig. Da die verheiratete, minderjährige Tochter noch unter elterlicher Gewalt steht, käme nur eine Ergänzungspflegschaft gemäß § 1909 BGB in Frage. Diese setzte voraus, daß die Eltern oder gegebenenfalls die uneheliche Mutter oder der Vormund an der Erteilung der Einwilligung verhindert wären. Nun wäre es zwar möglich, eine Verhinderung der Eltern zu bejahen, da ihr Recht zur tatsächlichen Personensorge gemäß § 1633 BGB beendet ist. Vergleicht man aber diesen Fall mit den Fällen, in denen das Gesetz eine Verhinderung der Eltern im allgemeinen annimmt, so ist festzustellen, daß die Rechtslage eine völlig andere ist. Eine Verhinderung der Eltern - abgesehen von den Fällen der tatsächlichen Verhinderung - liegt immer dann vor, wenn ihr Handeln für das Kind aus irgendeinem Grunde nicht als wünschenswert erscheint [3]. Daß aber bei der Heirat der Tochter grundsätzlich gegen ein Tätigwerden der Eltern für sie keine Bedenken bestehen, ergibt sich daraus, daß ihnen die Vermögenssorge und die gesamte gesetzliche Vertretung bleibt. Nach der Auflösung der Ehe einer noch nicht 18jährigen Tochter fällt ihnen auch die tatsächliche Personensorge wieder zu, § 1633 Satz 2 BGB. Während der Ehe der Tochter besteht für eine tatsächliche Personensorge der Eltern im allgemeinen kein Bedürfnis. Die Eltern wären zu ihrer Ausübung in der Regel auch gar nicht in der Lage, da die Tochter nach ihrer Heirat meistens nicht mehr bei ihnen wohnt (vergl. § 8 II BGB !). Sollte nun

---

1) Alter der Frauen bei ihrer Eheschließung im Jahre 1958 in der Bundesrepublik (Statistisches Jahrbuch 1960, S. 62):

Alter der Frauen	Zahl der Eheschließungen
16 Jahre und jünger	58
16-17 Jahre	2172
17-18 Jahre	9104
18-19 Jahre	25745

2) Das Sorgerecht geht nicht mit ihrer Heirat auf ihn über (Staudinger - Engelmann, § 1633 Anm. 1b).

3) Z.B. bei Entziehung des Sorgerechts nach § 1666 BGB oder in den Fällen der §§ 1795, 1796, 181 BGB.

aber in einem Fall, den der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat, die Tochter nicht fähig sein, eine Handlung, die zu den Angelegenheiten der tatsächlichen Personensorge gehört, für sich selbst vorzunehmen, muß man die Eltern kraft ihrer elterlichen Gewalt für befugt halten, für sie zu handeln. Das gleiche muß für das Einwilligungsrecht der unehelichen Mutter gelten, deren tatsächliches Sorgerecht als Restbestandteil der elterlichen Gewalt anzusehen ist. Aber auch neben einem Vormund, dem vor der Heirat des Mädchens gemäß § 1793 BGB die Sorge für seine Person zustand, ist eine Pflegerbestellung nicht notwendig.

§ 15

Das Sorgerecht bei ärztlichen Eingriffen, die keine Heilbehandlungen darstellen

Die Einwilligungsberechtigung zu Heileingriffen bei Kindern, die die Tragweite der ärztlichen Behandlung noch nicht beurteilen können, ergab sich aus dem Recht der tatsächlichen Personensorge für das Kind. Ob auch die Einwilligung zu anderen ärztlichen Eingriffen als Fürsorgemaßnahme für das Kind angesehen werden kann, soll im folgenden geprüft werden.

I

Kosmetische Operationen

Während der Inhaber der tatsächlichen Personensorge zur Erteilung der Einwilligung zu Heileingriffen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, kann von einer Verpflichtung, eine kosmetische Operation bei dem Kinde vornehmen zu lassen, keine Rede sein. Kosmetische Operationen sind für Leben oder Gesundheit des Kindes nicht erforderlich. Dagegen wird man im Interesse des Kindes im Einzelfall wenigstens ein Recht des Inhabers der tatsächlichen Personensorge bejahen müssen, eine Schönheitsoperation bei dem Kinde durchführen zu lassen. Hat das Kind z.B. besondere körperliche Entstellungen, die durch einen leichten Eingriff beseitigt werden können, so wird er seine Einwilligung hierzu erteilen dürfen [1]. Stellt die Operation aber eine Gefahr für Gesundheit oder Leben

---

1) Die sog. Korrekturen, z.B. Kieferregulierungen, die bei Kindern eine große Rolle spielen, sind zu den Heileingriffen zu rechnen (vergl. Schönke - Schröder, § 223 Anm. V 1).

des Kindes dar, so würde die Einwilligung der Eltern über den Rahmen des Sorgerechts hinausgehen. Sie wäre außerdem als sittenwidrig anzusehen und könnte daher die Handlung des Arztes nicht rechtfertigen. Das gleiche gilt, wenn Eltern z.B. an ihrem Kinde, das ihrem "Schönheitsideal" nicht entspricht, eine Operation vornehmen lassen wollten [1].

II

Heilhilfe und Experimente

Soweit ärztliche Eingriffe an einem Kinde nicht in seinem Interesse vorgenommen werden sollen, kann es sich hierbei in der Regel nicht um eine Sorgmaßnahme für das Kind handeln. Aus diesem Grunde wird die Zulässigkeit von Eingriffen zur Heilhilfe für Dritte und zu experimentellen Zwecken sehr häufig verneint [2]. Diese Ansicht ist grundsätzlich richtig. Das Sorgerecht ist nur ein Schutzrecht für das Kind, das noch nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu regeln. Es darf deshalb auch nur zugunsten des Kindes ausgeübt werden. Eine Ausübung zu anderen Zwecken würde sich im allgemeinen als Mißbrauch darstellen. Zur Personensorge gehört grundsätzlich nicht das Recht, für das Kind in die Spendung von Blut oder Haut zu Heilung Dritter einzuwilligen. Dasgleiche gilt für experimentelle Eingriffe. Die Forderung der medizinischen Wissenschaft ist ebenfalls keine Aufgabe des Sorgerechts.

Ausnahmen von diesem Grundsatz müssen jedoch in "maßvollen Grenzen" möglich sein. So hält Lenckner [3] mit Recht die Erteilung der Einwilligung durch den Sorgeberechtigten für zulässig, "wenn der Minderjährige durch die im fremden Interesse erfolgende Preisgabe eigener Rechtsgüter eine sittliche oder soziale Pflicht erfüllt". Hat z.B. nach einem Verkehrsunfall nur ein Kind die gleiche Blutgruppe wie der Verunglückte, so muß es zur Erhaltung des Lebens des Verletzten möglich sein, daß der Sorgeberechtigte in die Blutentnahme bei dem Kind einwilligt [4]. Man

---

1) Im übrigen wird es dem Arzt vielfach zum Vorwurf gereichen, wenn er Schönheitsoperationen an Kindern vornimmt, die noch im Wachstum begriffen sind. Eingriffe dürften hier oft medizinisch nicht angezeigt sein.

2) Rosenberg, S. 83; Traeger, S. 153; Alsen, S. 45; Lenckner, S. 460.

3) Lenckner, S. 460.

4) So auch Engisch, Die rechtl. Bedeutung der Operation, S. 35.

wird hier eine Sorgemaßnahme im weiteren Sinne annehmen müssen. Die Sorge für die Person des Kindes beschränkt sich nicht auf eine Sorge für das körperliche Wohl des Kindes. Zu den Aufgaben des Personensorgeberechtigten gehört es vielmehr auch, das Kind zu einem sittlich verantwortlichen Glied der menschlichen Gesellschaft zu erziehen. Besitzt das Kind nun noch nicht die erforderliche Einsichtsfähigkeit, um seinen sittlichen, sozialen Pflichten nachkommen zu können, so wird man - allerdings nur in engen Grenzen - dem Sorgeberechtigten das Recht zugestehen müssen, für das Kind zu handeln. Eine solche sittliche Pflicht wird man insbesondere dann annehmen müssen, wenn die Heilhilfe nahen Familienangehörigen des Kindes gewährt werden soll. Voraussetzung ist aber immer, daß der Eingriff für das Kind ungefährlich ist. Eine "Güterabwägung" zwischen der Gesundheit des Kindes und der Gesundheit des Dritten darf der Sorgeberechtigte nicht vornehmen. In Zweifelsfällen muß für ihn das Wohl des Kindes ausschlaggebend sein.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Zum Abschluß sollen noch einmal die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit aufgezeigt werden.

Jeder ärztliche Eingriff erfüllt zivil- und strafrechtlich den Tatbestand der Körperverletzung (§ 823 BGB, § 223 StGB). Der Arzt bedarf zu seiner Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten. Ist der Kranke ein Kind, das noch nicht die Fähigkeit besitzt, die Tragweite und Folgen des Eingriffs zu beurteilen, so muß an seiner Stelle der Inhaber der tatsächlichen Personensorge die Einwilligung erteilen. Die Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters ist im Gegensatz zu der herrschenden Meinung nicht gegeben, da die Einwilligung nicht ein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung darstellt, die bezüglich der Zuständigkeit für ihre Vornahme nicht wie ein Rechtsgeschäft zu behandeln ist. Bei ehelichen Kindern sind grundsätzlich Vater und Mutter gemeinsam einwilligungsberechtigt. Besteht zwischen ihnen Uneinigkeit, entscheidet auf Antrag das Vormundschaftsgericht, wessen Meinung vorgeht. Bei unehelichen Kindern fällt die Erteilung der Einwilligung in den Zuständigkeitsbereich der Mutter. Fehlt ihr bei Minderjährigkeit die Einsichtsfähigkeit bezüglich des Eingriffs, tritt an ihre Stelle der Vormund des Kindes.

Fürsorgeerziehung und Strafvollzug haben keinen Einfluß auf die Einwilligungsberechtigung.

Verweigert der Sorgeberechtigte die Einwilligung zu einem notwendigen Heileingriff und ist hierin ein Mißbrauch seines Sorgerechts zu sehen, hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Lebenslauf

Am 20.11.1935 wurde ich als Tochter des Reichsbankdirektors a.D., Hans-Joachim Caesar, und seiner Ehefrau, Ruth Caesar, geb. Schaefer, in Berlin-Dahlem geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 2.3.1955 habe ich die Reifeprüfung am Königin-Katharina-Stift, einem Gymnasium für Mädchen, in Stuttgart bestanden.

Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1959 habe ich die Rechtswissenschaft studiert, und zwar vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1956 an der Universität Tübingen, das Wintersemester 1956/57 und das Sommersemester 1957 an der Universität München und die letzten drei Semester wieder an der Universität Tübingen. Am 1.12.1959 habe ich die erste juristische Staatsprüfung in Tübingen bestanden.

Seit 2.1.1960 befinde ich mich als Gerichtsreferendarin im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.